

DIE VERGLEICHENDE WERBUNG

Ihre rechtliche Behandlung
unter besonderer Berücksichtigung
des Einflusses des Grundgesetzes
und der Marktwirtschaft

Klaus Peter Jörg

1965



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543106_0008

DIE VERGLEICHENDE WERBUNG

Ihre rechtliche Behandlung
unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses
des Grundgesetzes und der Marktwirtschaft

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Albert - Ludwigs - Universität
zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Klaus Peter Jörg

aus Mannheim

1 9 6 6

Dekan: Prof. Dr. E. Streißler
Referent: Prof. Dr. H. Thieme
Korreferent: Prof. Dr. F. Rittner

Tag der mündlichen Prüfung: 21/22.12.1965



	Seite
Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVIII
Vorwort	XXI
 <u>1. TEIL</u>	
Die vergleichende (bezugnehmende) Werbung nach geltendem Recht	1
<u>1. Kapitel:</u> Vorläufige Begriffsklärung	1
<u>2. Kapitel:</u> Die persönliche Werbung	4
1. Kennzeichnung	4
2. Fälle der persönlichen Werbung	4
3. Rechtliche Beurteilung	5
<u>3. Kapitel:</u> Die anlehrende Werbung	7
<u>4. Kapitel:</u> Die Alleinstellungswerbung	9
1. Kennzeichnung und einzelne Fälle	9
2. Rechtliche Beurteilung der Alleinstellungswerbung gemäß § 3 UWG	12
3. Rechtliche Beurteilung der Alleinstellungswerbung als vergleichende Werbung gemäß § 1 UWG	14
<u>5. Kapitel:</u> Die kritisierende vergleichende Werbung	16
1. Kennzeichnung	16
2. Die rechtliche Beurteilung der kritisierenden vergleichenden Werbung nach geltendem Recht	18
<u>6. Kapitel:</u> Die Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung	19
1. Vorbemerkung	19
2. Der Begriff "Notwendigkeit"	20
3. Die anerkannten Ausnahmefälle	21
a. Der Abwehrvergleich	21
b. Der Auskunftvergleich	22
c. Der Fortschrittsvergleich	23
4. Weitere, von Rechtsprechung und Schrifttum vorgeschlagene Ausnahmefälle	25
<u>7. Kapitel:</u> Der Systemvergleich	26

2. TEIL

Neue Gesichtspunkte zur rechtlichen Behandlung der vergleichenden Werbung	31
<u>1. Kapitel:</u> Vergleichende Werbung als Gewohnheitsrecht	31
1. Geschichtlicher Rückblick	31
2. Die rechtliche Behandlung der vergleichenden Werbung durch Reichsgericht und Schrifttum bis 1945	33
3. Die Spruchpraxis des Werberats der deutschen Wirtschaft und anderer, zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs berufener Stellen	36
4. Die Entstehung des gewohnheitsrechtlichen Verbots vergleichender Werbung	37
5. Der Fortbestand des gewohnheitsrechtlichen Verbots unter der Geltung des Grundgesetzes	41
<u>2. Kapitel:</u> Der Einfluß der geltenden Wirtschaftsordnung auf das Recht der vergleichenden Werbung	44
1. Die Entwicklung zur Marktwirtschaft	44
2. Die Lehre der Marktwirtschaft und ihr Verhältnis zum Grundgesetz	46
3. Die Verwirklichung marktwirtschaftlicher Grundsätze	47
<u>3. Kapitel:</u> Vergleichende Werbung und Markttransparenz	50
<u>4. Kapitel:</u> Vergleichende Werbung und die guten Sitten im Wettbewerb	52
1. Vorbemerkung	52
2. Die Sittenwidrigkeit von Seiten des Werbenden	53
3. Die Sittenwidrigkeit im Verhältnis zum Mitbewerber	55
4. Die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Verbraucher	56
5. Ergebnis einer Interessenabwägung	57
6. Die Kritik dieses Ergebnisses im Schrifttum	58
<u>5. Kapitel:</u> Vergleichende Werbung als Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§ 823 Abs. 1 BGB)	59
<u>6. Kapitel:</u> Das Verbot der vergleichenden Werbung und § 14 UWG	61
<u>7. Kapitel:</u> Vergleichende Werbung in europäischen und außer-europäischen Rechtsordnungen	63
1. Vorbemerkung	63
2. Die Rechtslage in den einzelnen Ländern	64
a. Österreich	64
b. Schweiz	64
c. Italien	65

d. Vereinigte Staaten	65
e. Großbritannien	66
f. Frankreich	66
g. Belgien	66
h. Niederlande	67
3. Ergebnis des Überblicks und Folgerungen	67

3. TEIL

Die an eine grundsätzlich zulässige vergleichende Werbung zu stellenden Anforderungen	69
---	----

<u>1. Kapitel:</u> Allgemeines zum Wahrheitsbegriff in der Werbung	69
--	----

<u>2. Kapitel:</u> Die Voraussetzungen für die Wahrheit einer vergleichenden Werbung	70
--	----

1. Behauptung von Tatsachen	70
-----------------------------	----

2. Nachprüfbarkeit	71
--------------------	----

3. Vollständigkeit	71
--------------------	----

4. Vergleichbarkeit	72
---------------------	----

<u>3. Kapitel:</u> Die Voraussetzungen für die Sachlichkeit einer vergleichenden Werbung	72
--	----

<u>4. Kapitel:</u> Wahrheit und Sachlichkeit durch Werbung mit vergleichenden Testberichten	73
---	----

1. Die Kennzeichnung des Warentests	73
-------------------------------------	----

2. Die rechtliche Beurteilung des Warentests	75
--	----

3. Die Werbung unter Verwendung eines korrekten Testberichts	76
--	----

4. Kritik	78
-----------	----

<u>5. Kapitel:</u> Wahrheit und Sachlichkeit durch Werbung mit vergleichenden wissenschaftlichen Gutachten	79
--	----

<u>6. Kapitel:</u> Die Verwirklichung von Wahrheit in der Werbepraxis	79
---	----

1. Der Preisvergleich	80
-----------------------	----

2. Der Qualitätsvergleich	80
---------------------------	----

3. Der Vergleich sonstiger Vorzüge	81
------------------------------------	----

4. Der Quantitätsvergleich	81
----------------------------	----

4. TEIL

Die Stellungnahme der Rechtsprechung zur vergleichenden Werbung 82

1. Kapitel: Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs
und der Oberlandesgerichte 82

2. Kapitel: Die grundsätzliche Zulässigkeit der vergleichenden
Werbung bejahende Rechtsprechung 83

1. Das Urteil des OLG Bremen vom 28.9.61 83

2. Das Urteil des LG Tübingen vom 19.10.62 87

3. Die Entscheidungen des Bundeskartellamts - Beschlußabteilung -
vom 18.3.63 und des Bundeskartellamts - Einspruchsabteilung -
vom 30.12.63 88

5. TEIL

Die Zulassung der vergleichenden Werbung durch gesetzliche Regelung
und die Folgen bei grundsätzlicher Zulassung der wahren vergleichenden
Werbung 89

1. Kapitel: Gesetzliche Regelung durch Erweiterung des § 1 UWG 89

2. Kapitel: Die Befürchtungen im Schrifttum bei grundsätzlicher
Zulassung der wahren vergleichenden Werbung 91

3. Kapitel: Die Auswirkung auf die Beweislastverteilung 93

LITERATURVERZEICHNIS

- Alexander - Katz, G. Die indirekte vergleichende Werbung unter Berücksichtigung des internationalen Rechts,
WRP 56/293 ff.
- Antoni, Manfred Die vergleichende Werbung,
BB 62/1171 ff.
- Arras, Gerth Superlativwerbung im Wandel der Zeiten,
NJW 54/1910 ff.
- Baumbach, Adolf Das gesamte Wettbewerbsrecht,
2. Aufl., Berlin 1931
- Baumbach, Adolf - Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band 1,
Hefermehl, Wolfgang 9. Aufl., München-Berlin 1964
- Behrens, Friedrich- Die überforderte Markttransparenz,
Stephan WRP 62/27 ff.
- Benke, Heinz Die Feststellung trügerischer Reklame auf Grund eigener Sachkunde des Gerichts,
WRP 57/221 ff.
- Bernstorff, Graf von Begriff und Zulässigkeit der alleinstellenden Werbung,
WRP 61/297 ff.
- Beutel, Walter Vergleichende Werbung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht,
Diss. jur. Heidelberg 1958
- Bock, Hans-Dieter Die Grenzen der Superlativreklame im deutschen, schweizerischen, französischen und angloamerikanischen Recht,
Köln 1963
- Bodmer-Lenzin, Walter Vergleichende Qualitätsprüfung,
MA 63/1031 ff.
- Böhm, Franz Wettbewerb und Monopolkampf.
Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung,
Berlin 1933

- | | |
|-------------------------|--|
| Böhm, Franz | Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung, Stuttgart Berlin 1937 |
| Bohrer | Freiheit für vergleichende Werbung?
MA 56/345 ff. |
| Bollack, Gert | Zur Problematik der Warenauswahl beim Waren-test,
NJW 63/986 ff. |
| Borck, Hans-Günther | Bezugnehmende Werbung. Versuch einer Bestands-aufnahme.
WRP 61/1 ff. und 70 ff. |
| ----- | Vergleichende Werbung und kein Ende,
WRP 62/249 ff. |
| ----- | Der vergleichende Warentest in der Werbung,
WRP 63/149 ff. |
| Brandt, Richard | Wettbewerbsrechtliche Zweifelsfragen im Lichte der neueren Rechtsprechung,
MA 54/741 ff. |
| Brinkmann, Heinz-Volker | Markttransparenz und Wettbewerbsrecht,
Diss. jur. Göttingen 1963 |
| ----- | Vergleichende Werbung und Markttransparenz,
WRP 63/230 ff., 268 ff. u. 291 ff. |
| Burhenne, Lothar | Vergleichende Reklame,
NJW 51/249 ff. |
| Bussmann, Kurt | Die Bezugnahme auf den Mitbewerber in der eigenen Werbung,
ZAKDR 35/841 ff. |
| ----- | Wissenschaftliche Arbeiten und Wissenschaftler im Wettbewerb,
WRP 56/121 ff. |
| ----- | Bericht über die Sitzung des Fachausschusses für Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht vom 30.11.1962,
GRUR 63/187 ff. |

- Bussmann, Kurt - Pietzcker,
Rolf - Kleine, Heinz Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht,
3. Aufl., Berlin 1962
- Callmann, Rudolf Der unlautere Wettbewerb,
2. Aufl., Mannheim Berlin Leipzig 1932
- Culemann, Hans Ist das vom Werberat ausgesprochene Verbot eines
Werbetextes für die Gerichte bindend?,
JW 36/1639 ff.
- Die Rechtsnatur der Verfügungen des Werberats der
deutschen Wirtschaft,
JW 36/901 ff.
- Cyrus, Joachim Die Grenzen der Zulässigkeit einer Alleinstellungs-
werbung,
GRUR 61/11 ff.
- Czapski, Georg Unlauterer Wettbewerb und Kartellmaßnahmen im
Lichte der niederländischen Rechtsprechung,
WuW 54/321 ff.
- Daffis Wandlungen im Wettbewerbsrecht,
GRUR 31/801 ff.
- Diess Persönliche vergleichende Reklame,
GRUR 36/145 ff.
- Döll, Hermann "Verkaufspreis x % unter Listenpreis" und das Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen,
BB 60/1105 ff.
- Droste, Helmut Das Verbot der bezugnehmenden Werbung und die
Ausnahmefälle,
GRUR 51/140 ff.
- Wann sind Alleinstellungen unzulässig?,
GRUR 53/16 ff.
- Abwehr im Wettbewerb,
WuW 54/507 ff.
- Droste, Karl Die Generalklausel des § 1 UWG und das Richter-
recht,
DB 63/719 ff.

- Droste, Karl Gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung?,
DB 64/503 ff.
- Recht, Moral und Sitte im Wettbewerb,
WRP 64/65 ff.
- Eichmann, Helmut Auswirkungen des Grundgesetzes auf die Werbe-
praxis,
GRUR 64/57 ff.
- Elster, Alexander Die Behandlung der vergleichenden Reklame durch
Reichsgericht und Werberat,
GRUR 37/334 ff.
- Enneccerus, Ludwig -
Nipperdey, Hans-Carl Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts,
1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
- Fairweather, W. C. Trade Libel and Defamation in English Law,
MuW 35/387 ff.
- Feldmann, Karl Die vergleichende Werbung und § 1 UWG,
BB 63/673 ff.
- Fikentscher, Wolfgang Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. Die
Stellung des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen
in der Rechtsordnung,
München Berlin 1958
- Finger, Christian Reichsgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
4. Aufl. Berlin 1911
- Frey, Gerhard Zur Alleinstellungswerbung,
WRP 62/65 f.
- v. Gamm, Otto-Friedrich Beweislast und Beweiswürdigung im Wettbewerbs-
recht,
WRP 59/172 ff.
- Das amerikanische Wettbewerbsrecht,
WRP 60/1 ff.
- Das englische Wettbewerbsrecht,
WRP 60/167 ff.
- Geiger, Siegfried -
Heyn, Wolfgang Zur Zuverlässigkeit vergleichender Warentests,
MA 63/487 ff.
- Giefers, Hans-Werner Werbung mit Testergebnissen,
WRP 64/289 ff.

- v. Godin, Hans - Wettbewerbsrecht. Kommentar zum Gesetz gegen
Hoth, Jürgen den unlauteren Wettbewerb und zum Zugabe- und
Rabattrecht,
Berlin 1957
- Greifelt, Kurt Zur Reform des Wettbewerbsrechts,
WRP 55/1 ff.
- Wirtschaftliche Gesichtspunkte zur vergleichenden
Werbung,
WRP 62/143 ff.
- Geschäftsbericht anläßlich der Mitgliederversamm-
lung der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren
Wettbewerbs am 23. 11. 1961 in Frankfurt am Main,
DW 62/1 ff.
- Neue Vertriebsmethoden, vergleichende Werbung
und Warentestinstitut,
DW 64/33 ff.
- Grote, Dieter Kritisierende vergleichende Reklame und Allein-
stellungswerbung,
Diss. jur. Köln 1961
- Gütebier, F.W. Der Leistungsgrundsatz im Wettbewerbsrecht,
JW 34/1091 ff.
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland,
2. Aufl. Berlin Neuwied Darmstadt 1956
- Hartmann, Peter Zulässigkeit vergleichender Werbung,
NJW 63/517 ff.
- Hefermehl, Wolfgang Der Warentest in rechtlicher Sicht,
GRUR 62/611 ff.
- Helle, Ernst Über öffentliche und vergleichende Warentests und
die Grenzen ihrer Zulässigkeit,
NJW 62/1177 ff.
- Hellwig, Fritz Die Sicherung des Leistungswettbewerbs in der Sicht
der gesetzgeberischen Arbeit,
WuW 59/389 ff.

- Hennings Die Berücksichtigung der Ansichten der Verbraucher bei der Beurteilung der vergleichenden Werbung,
BB 62/1210
- Höfer, Helmut Stellt die Alleinstellungswerbung einen Fall der vergleichenden Werbung dar?,
WRP 61/206 ff.
- Hoettler, Rainer Wirkungen neutraler Warentests auf Industrie und Handel,
MA 63/1046 ff.
- Holl, Heinznorbert Vergleichende Werbung in Frankreich,
WRP 62/252 ff.
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht,
1. Band, 2. Aufl. Tübingen 1953
- Hubmann, Heinrich Gewerblicher Rechtsschutz,
München Berlin 1962
- Grundsätze der Interessenabwägung,
AcP 155/(1956) S. 85 ff.
- Ingelmann, Dieter Zur erkennbaren Bezugnahme bei der vergleichenden Werbung,
WRP 60/178 f.
- Isay, Rudolf Soziale Marktwirtschaft und Kartellgesetzgebung,
WuW 54/557 ff.
- Joetze, Günter Die sog. Superlativwerbung in der Dogmatik des Werberechts,
Berlin 1962
- Junckerstorff, Karl Rechtspolitik des Wettbewerbs in den Vereinigten Staaten und in Europa,
Schw.JZ 50 (1954), S. 356 ff.
- Koenigs, Folkmar Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs,
NJW 61/1041 ff.
- Kohler, Josef Der unlautere Wettbewerb. Darstellung des Wettbewerbsrechts,
Berlin Leipzig 1914

Kohler, Josef	Persönliche und sachliche Reklame in der Großindustrie, MuW 16/127 ff. (1917)
Kraft, Alfons	Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, München Berlin 1963
Krieger, Albrecht	Ist die vergleichende Werbung zulässig?, BB 62/240 ff.
Langen, Eugen	Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl. Darmstadt 1958
Leo, Hans-Christoph	Das Verbot der vergleichenden Werbung, WRP 60/293 ff.
v. Lesigang, Hermann	Die vergleichende Werbung in Österreich. Rechtstheoretische und wirtschaftliche Erwägungen, WRP 62/283 ff.
Lobe, Adolf	Das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Leipzig 1896
-----	Der Hinweis auf fremde gewerbliche Leistung als Mittel zur Reklame, MuW 16/129 f. (1917)
Lutz, Hans	Vergleichende Werbung - Vergleichender Warentest, WRP 62/232
-----	Markenverband verteidigt Preisbindung und lautere Wettbewerbsmethoden. Vortrag auf der Jahresversammlung des Markenverbands am 15. Mai 1962 in Wiesbaden, MA 62/493 ff.
v. Mangoldt, Hermann-Klein, Friedrich	Das Bonner Grundgesetz, Band 1, Berlin Frankfurt 1957
Markert, Kurt	Eine Stellungnahme des Bundeskartellamts zur vergleichenden Werbung, NJW 63/1525 ff.
Meyer, Gerhard	Warentests von allen Seiten betrachtet, MA 63/3 ff.

- Möhring, Philipp Ist das Recht der Werbung reformbedürftig?,
MA 62/967 ff.
- Moser v. Filseck,
Richard Zur Frage der vergleichenden Werbung,
GRUR 63/182 ff.
- Müller-Henneberg,
Hans - Schwartz, Gustav Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
(Gemeinschaftskommentar),
Köln Berlin 1958
- Müller, Heinz -
Gries, Gerhard Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbe-
schränkungen,
Frankfurt 1958
- Nerretter, Paul Vergleichende Reklame,
GRUR 33/8 ff.
- Nipperdey, Hans-Carl Wettbewerb und Existenzvernichtung,
Berlin 1930
- Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der
Bundesrepublik,
WuW 54/211 ff.
- Nolting-Hauff,
Wilhelm Verwertung wissenschaftlicher Erkenntnisse im
geschäftlichen Wettbewerb,
MuW 29/98 ff.
- Persönliche Reklame,
GRUR 31/342 ff.
- Orth, Ludwig M. Wissenschaft und Wettbewerb,
Diss. jur. Berlin 1940
- Palandt, Otto Bürgerliches Gesetzbuch,
23. Aufl. München Berlin 1964
- Reimer, Dietrich Persönliche und vergleichende Werbung in der
deutschen und französischen Rechtsprechung,
München Köln Berlin 1955
- Reimer, Eduard Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht,
Kommentar, 3. Aufl., Köln Berlin 1954
- Rinck, Gerd Warenvergleich durch Verbraucherverbände,
BB 60/949 ff.
- Kritik und Boykott durch Verbraucherverbände,
BB 61/613

- Rinck, Gerd Die Markttransparenz. Ein Rechtfertigungsgrund für vergleichende Werbung und Preismeldesysteme, BB 62/105 ff.
- Organisation und Auswertung von Warentests, BB 63/1027 ff.
- Röpke, Wilhelm Jenseits von Angebot und Nachfrage, Zürich 1958
- Rosenthal, Alfred Wettbewerbsgesetz nebst den materiellen Vorschriften des Warenzeichengesetzes, 7. Aufl., Berlin 1928
- Rudloff, Georg - Blochwitz, Reinhard Das Recht des Wettbewerbs, Berlin 1938
- v. Rüstow, Alexander Zwischen Kapitalismus und Kommunismus, Ordo - Jb. II 1949, S. 100 ff.
- v. Rützen-Kositzkau, Norbert Fragen um den Vergleich in der Werbung, WRP 56/61 ff.
- Runge, Kurt Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 61/1757 ff.
- Schäfer, Ernst Vergleichende Werbung, GRUR 37/194 ff.
- Schippel, Helmut Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, München Köln Berlin 1956
- Schmid, Johann Günther Die vergleichende Reklame, Diss. jur. Zürich Winterthur 1955
- Schönherr, Fritz - Bussmann, Kurt Vergleichende Reklame und Warentest in rechtsvergleichender Sicht, Weinheim 1964
- Schultz, Dietrich Vergleichender Warentest und Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, NJW 63/1801 ff.
- Schwamberger, Wolfgang Vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt neuer Ordnungsprinzipien, NJW 61/1185 ff.

- | | |
|---|---|
| Schwamberger, Wolfgang | Vergleichende Werbung in Wahrnehmung eines berechtigten Interesses,
BB 61/1222 ff. |
| Seubert, Richard | Die zulässige vergleichende Werbung,
BB 60/965 ff. |
| Sonderland, Max | Bedenkliche Superlativreklame?,
BB 53/958 ff. |
| Spengler, Albrecht | Das Postulat der Sachlichkeit im Wettbewerb,
WuW 56/721 ff. |
| ----- | Die vergleichende Werbung als Problem des Wettbewerbsrechts,
DW 60/75 ff. |
| ----- | Die wettbewerbsrechtliche Problematik des Warenvergleichs,
MA 62/283 ff. |
| Stein, Friedrich -
Jonas, Martin - Schöнке,
Adolf | Kommentar zur Zivilprozeßordnung,
18. Aufl., 1. Band, Tübingen 1956 |
| Tetzner, Heinrich | Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb,
Köln 1950 |
| ----- | Superlativreklame,
JZ 53/205 ff. |
| ----- | Systemvergleichende Werbung,
NJW 53/87 ff. |
| ----- | Superlativwerbung als vergleichende Werbung,
NJW 56/1900 ff. |
| ----- | Vergleichende Werbung,
JZ 62/275 ff. |
| ----- | Die Problematik der Generalklausel des § 1 UWG,
NJW 62/1087 ff. |
| Troeger, Heinrich | Das gesamte Recht der Wirtschaftswerbung,
Leipzig 1936 |

Trollier, Alois	Wettbewerbsrecht in europäischer Sicht, DW 62/9 ff.
Ulmer, Bock, Günter, Klry	Vergleichende Warentests, FIW-Schriftenreihe des Forschungsinstituts für Wirt- schaftsverfassung u. Wettbewerb e. V., Köln 1964, Heft 20, (cit. Ulmer u. a.)
Völz, Fromut	Ist das Verbot der vergleichenden Reklame rechts- widrig?, WRP 60/197 ff.
-----	Der Streit um die vergleichende Werbung, WRP 61/135 ff.
-----	Der Fortschrittsvergleich in der Werbung, BB 61/113 f.
-----	OLG Bremen erlaubt vergleichende Werbung, WRP 62/25 ff.
-----	Vergleichende Werbung - erlaubt oder verboten?, GRUR 62/178 ff.
-----	Vergleichende Warentests, WRP 63/109 ff.
Weitnauer, H.	Rechtsgrundlagen und Schranken der Zulässigkeit öffentlicher vergleichender Warentests, DB 63/55 ff.
Wenzel, Karl, Egbert	Die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, NJW 62/81 ff.
Wolff, Felix - Crisolli, Karl, August	Das Recht der Reklame, Berlin Leipzig 1929

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A. (oder Anm.)	= Anmerkung
a. A.	= andere Ansicht
aaO	= am angegebenen Ort
Abs.	= Absatz
AcP	= Archiv für zivilistische Praxis
Art.	= Artikel
AT	= Allgemeiner Teil
Aufl.	= Auflage
BB	= Der Betriebsberater (Jahr/Seite)
Bd.	= Band
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	= Bundesgesetzblatt (Band/Jahr/Seite)
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band/Seite)
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band/Seite)
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
DB	= Der Betrieb (Jahr/Seite)
Diss. jur.	= Juristische Dissertation
DW	= Der Wettbewerb (Jahr/Seite), Beilage zur Zeit- schrift WRP
GG	= Grundgesetz
GRUR	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr/Seite)
GRUR AIT	= Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Ausländischer und Internationaler Teil (Jahr/Nummer/Seite)

XIX

GWB	= Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	= herrschende Meinung
i. e. S.	= im engeren Sinne
IHK	= Industrie- und Handelskammer
Jb.	= Jahrbuch
JW	= Juristische Wochenschrift (Jahr/Seite)
JZ	= Juristenzeitung (Jahr/Seite)
Komm.	= Kommentar
Lb.	= Lehrbuch
LG	= Landgericht
MA	= Der Markenartikel (Jahr/Seite)
MuW	= Markenschutz und Wettbewerb (Jahr/Seite)
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift (Jahr/Seite)
OLG	= Oberlandesgericht
Ordo-Jb.	= Ordo, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Jahr/Seite)
RG	= Reichsgericht
RGBL.	= Reichsgesetzblatt (Band/Jahr/Seite)
RGZ	= Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band/Seite)
S.	= Seite
Schw. JZ	= Schweizerische Juristenzeitung (Band/Jahr/Seite)
unstr.	= unstreitig
UWG	= Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
vgl.	= vergleiche
Wb.	= Wettbewerb
Wbg.	= Werbung
WRP	= Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr/Seite)

WuW	/	= Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr/Seite)
ZAKDR		= Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
zust.		= zustimmend

Zur Frage der rechtlichen Behandlung eines Vergleichs in der Werbung sind in den letzten Jahren im Schrifttum und teilweise auch in der Rechtsprechung häufig so verschiedenartige und jedenfalls von der herrschenden Meinung grundsätzlich abweichende Ansichten vertreten worden, so daß der gegenwärtige rechtliche Besitzstand in Frage gestellt ist.

Das immer wieder auftretende, hauptsächlichste Argument derer, die für die grundsätzliche Zulassung der vergleichenden Werbung eintreten, ist die Unvereinbarkeit eines grundsätzlichen Verbots mit den Grundsätzen unserer Verfassung sowie der Wirtschaftsordnung unseres Staates.

Diese Arbeit verfolgt im wesentlichen zwei Ziele: Aufbauend auf einer Darstellung des geltenden Rechts sollen sämtliche neu vorgetragenen Argumente und insbesondere die Frage geprüft werden, ob der Einfluß von Grundgesetz und Wirtschaftsordnung eine Rechtsänderung erfordert. Dieser Untersuchung soll sodann die Festlegung der rechtlichen Grenzen einer -grundsätzlich zulässigen-Vergleichswerbung folgen. Das Recht der vergleichenden Werbung soll damit nicht nur auf eine neue Grundlage gestellt, sondern es sollen gleichzeitig den Werbungstreibenden Hinweise gegeben werden, wie sie ihre Werbung auf der neuen Grundlage gestalten können.

1. T E I L

DIE VERGLEICHENDE (BEZUGNEHMENDE) WERBUNG NACH GELTENDEM RECHT

1. KAPITEL

VORLÄUFIGE BEGRIFFSKLÄRUNG

Die Werbung ist Bestandteil eines wirtschaftlichen Wettbewerbs, sie ist jedes Vorhaben, "welches sich zur Verfolgung wirtschaftlicher Interessen an das Publikum wendet und das dazu bestimmt ist, mit einer unbestimmten Zahl von Geschäften Aufmerksamkeit zu erwecken und eine Einwirkung dahin auszuüben, daß das Publikum im Bedarfsfalle von dem Gegenstand der Reklame Gebrauch macht" ¹⁾.

Rechtsprechung und Schrifttum sprechen wahlweise von "Werbung" oder "Reklame". Das Reichsgericht gebraucht beide Ausdrücke in gleicher Weise abwechselnd, ohne einen sachlichen Unterschied zu machen. Ebenso verfährt auch das Schrifttum ²⁾ und dies zu Recht, denn in der Sache besteht tatsächlich keine Verschiedenheit ³⁾.

Die Werbung tritt in vielfältiger Gestalt auf. Mit der "einfachen Reklame" bezeichnet man das Anbieten einer Ware in Wort, Schrift oder Bild, also etwa durch Plakat, Zeichen oder Leuchtenschilder sowie durch bloßes Auslegen in einem Schaufenster. Der Vergleich in der Werbung, also die Bezugnahme auf Verhältnisse der Wirtschaft gegenwärtig im weitesten Sinn, äußert sich in mehreren Erscheinungsformen. Gleich zu Anfang dieser Untersuchung ist es daher zweckmäßig, die Begriffe mehr festzulegen. Dabei zeigt es sich, daß unter den einzelnen Begriffen nicht immer das Gleiche verstanden wird. Der Vergleich in der Werbung hat das Reichsgericht stets synonym auch mit den Begriffen: per-

- 1) Wolff-Crisolli, Einleitung S. XV; vgl. auch die weiteren Definitionen daselbst.
- 2) vgl. etwa die Überschriften bei Saubach-Liefermehl zu § 1 LwG einerseits, von Völz (WRP 60/197) und Reimer (S. 544) andererseits.
- 3) Schmid (Diss. S. 34) unterscheidet allerdings zwischen (freiwilliger) Werbung und Reklame; freiwillige Werbung sei altruistisch im Gegensatz der egoistischen Reklame.

sönliche" oder "vergleichende" Werbung bezeichnet ¹⁾. Es kennzeichnete damit immer den Sachverhalt, daß eine Werbebehauptung auf Ware, Leistung oder Person des Konkurrenten Bezug nimmt. Im Schrifttum wurde zum Teil die "persönliche" Werbung sogar zum Oberbegriff erhoben, unter den sowohl der Hinweis auf persönliche Verhältnisse als auch auf Ware oder Leistung fallen sollten ²⁾.

Heute besteht weitgehend Einigkeit darüber, daß die persönliche Werbung nur auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Konkurrenten bezogen werden kann und damit aus dem Bereich der vergleichenden Werbung i.e.S. auszuschneiden ist ³⁾. Die Abscheidung rechtfertigt sich mit der Überlegung, daß an die "persönliche" Werbung wegen ihrer unsachlichen Tendenz strengere Anforderungen gestellt werden müssen ⁴⁾. Immerhin kann nicht geleugnet werden, daß eine "persönliche" Werbung zwar einen Vergleich anstellt, daß aber das Vergleichsmoment gegenüber der Herabsetzung des Konkurrenten in den Hintergrund tritt ⁵⁾.

Ähnliches gilt für die sogenannte anlehnende Werbung. Sie ist insofern vergleichend, als sie sich an das Arbeitsergebnis des Konkurrenten anhängt ⁶⁾ und sich dessen guten Ruf zu Nutze macht. Auch sie unterliegt daher einer strengeren rechtlichen Beurteilung und sie wird ebenfalls zu Recht aus dem Bereich der vergleichenden Werbung i.e.S. ausgeklammert ⁷⁾.

Unter dem Oberbegriff bezugnehmende Werbung wird heute unterschieden zwischen

1. Persönlicher Werbung ⁸⁾,
2. Anlehnender Werbung ⁹⁾ (auch anlehnend vergleichender Werbung ¹⁰⁾),

1) vgl. RGZ 116/277 (Bezirkskonsumverein), RG GRUR 35/55 (Abdampfstrahlpumpen), RG GRUR 36/1078 (Macholl);

vgl. auch D. Reimer, S. 7; Nolting-Hauff GRUR 31/342 ff.

2) vgl. v. Godin - Hoth, § 1 Anm. 30.

3) vgl. Reimer, S. 544.

4) so auch D. Reimer, S. 7.

5) vgl. Schönherr - Bussmann, S. 11.

6) z.B. X-Ware ist "ebenso gut wie Y", B ist "nach System" von A. u. ä.

7) vgl. H. Droste, GRUR 51/140: Rützen-Kositzkau, WRP 56/61; Borck, WRP 61/1 ff.;

D. Reimer will die anlehnende Reklame aus dem Bereich der vergleichenden Reklame überhaupt ausscheiden, weil schon sprachlich kein Vergleich vorliege (vgl. S. 9).

8) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 20; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30.

9) vgl. H. Droste, GRUR 51/140.

10) vgl. D. Reimer, S. 8 sowie den Leitsatz zu BGH GRUR 57/23 (Bünder Glas).

3. Kritisierender vergleichender Werbung ¹⁾, (vergleichende Werbung i. e. S.).

Diese, von H. Droste ²⁾ vorgeschlagene und zum Teil auf Nerreter ³⁾ zurückgehende Einteilung hat sich bisher als zweckmäßig erwiesen. Sie ist in Schrifttum ⁴⁾ und Rechtsprechung ganz überwiegend anerkannt und soll auch der folgenden Untersuchung zugrundegelegt werden.

Strittig ist hingegen die Einbeziehung einer weiteren Form werbernäßiger Bezugnahme, der sogenannten Alleinstellungswerbung. Hierunter versteht man eine Werbung, die vom umworbenen Publikum dahin verstanden wird, daß der Werbende "allgemein oder in bestimmter Hinsicht eine Spitzenstellung auf dem Markt in Anspruch nimmt" ⁵⁾. In der Behauptung dieser Spitzenstellung kann aber gleichzeitig auch ein Vergleich mit der Konkurrenz liegen, dann nämlich, wenn nur eine geringe Zahl von Mitbewerbern vorhanden ist und das Publikum sie deswegen als von der Werbung betroffen erkennt. Die Bezugnahme auf die Konkurrenten liegt dann zwar nicht ausdrücklich, aber doch wenigstens stillschweigend vor: Wer behauptet, sein Erzeugnis sei das beste, behauptet gleichzeitig, es sei besser als alle anderen.

Soweit diese Werbeart also eine erkennbare Beziehung zum Mitbewerber herstellt, müßte sie logisch ebenfalls dem Oberbegriff "bezugnehmende Werbung" unterstellt werden ⁶⁾. Rechtsprechung und Schrifttum klammern sie gleichwohl aus, weil der Konkurrent, wie noch zu zeigen sein wird, nicht in allen Fällen der Alleinstellung in Bezug genommen wird.

1) im Anschluß an Nerreter, GRUR 33/8 ff.

2) H. Droste aaO.

3) Nerreter aaO.

4) Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 20; v. Godin - Hoth, § 1 Anm. 30; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 48; Rützen-Kositzkau, WRP 56/61; Spengler, DW 60/75 ff.

5) Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 35; vgl. auch die ähnlichen Formulierungen bei H. Droste (GRUR 53/16), Cyrus (GRUR 61/11 ff. (12) und Simon (WuW 56/48 ff. (49)).

6) zust. v. Bernstorff, WRP 61/297 ff. (299).

2. KAPITEL

DIE PERSÖNLICHE WERBUNG

1. Kennzeichnung:

"Persönliche Werbung ist die Werbung, die einen Hinweis auf die persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse des Mitbewerbers zu dem Zwecke enthält, den eigenen Absatz auf Kosten des Mitbewerbers zu fördern" ¹⁾. Die persönliche Werbung nimmt also nicht Ware oder Leistung des Konkurrenten, die allein für einen Kaufentschluß entscheidend sind, in Bezug, sondern persönliche Verhältnisse, die auf Qualität und Preisgünstigkeit eines Angebots regelmäßig keinen Einfluß haben können ²⁾. Mit der persönlichen Werbung verbindet sich die Absicht, die Person des Konkurrenten und damit zugleich auch dessen Ware "schlecht zu machen". Ein solches Vorgehen ist mit einem auf dem Leistungsprinzip aufbauenden Wettbewerb nicht vereinbar, denn der Werbende erwartet auf Grund seiner Werbung emotionale und nicht auf vernünftiger, wirtschaftlicher Überlegung beruhende Entscheidungen des Abnehmers ³⁾. Die Herabsetzung der Person des Geschäftsgegners behindert dessen geschäftliche Entfaltung in unsachlicher Weise. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die aufgestellten Werbebehauptungen wahr sind oder nicht ⁴⁾. Beim Leistungswettbewerb entscheidet allein die Leistung, die Verhältnisse der dahinter stehenden Person sind für den Markt nur ganz ausnahmsweise interessant.

2. Fälle der persönlichen Werbung:

a. Hinweis auf Nationalität und Rasse

Diese Art der Werbung war bereits zur Zeit des 1. Weltkriegs, namentlich dann in der Depressionszeit der dreißiger Jahre sowie während des 2. Weltkriegs, also zu Zeiten "nationaler Erregung" ⁵⁾ sehr gebräuchlich. Die Stimmungen der breiten Masse, die hier werblich ausgenutzt wurden, machten diese Art der

1) so D. Reimer, S. 7;

über weitere Definitionen vgl. die Hinweise in Fußnote 27 daselbst.

2) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 22; Borck, WRP 61/1 ff. (2).
Zust. Völp, WRP 60/197.

4) vgl. dazu BGH GRUR 62/34 (Torsana) = BB 61/1142.

5) Ein von Reimer (S. 546) geprägter Ausdruck.

Werbung in der Hand des Werbenden zu einer gefährlichen, geschäftsbedrohenden Waffe, unter deren Einwirkung der betroffene Konkurrent oft schweren Schaden davontrug. Hingewiesen wurde auf die Tatsache, der Konkurrent sei Ausländer ¹⁾, oder er beziehe Waren aus dem Ausland ²⁾. Während der Nazi-Zeit waren Hinweise auf Rassezugehörigkeit aktuell, also etwa die Behauptung, der Konkurrent sei Jude ³⁾.

b. Hinweise auf Konfession und Weltanschauung

Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu einer Partei sowie auf die politische Einstellung gehören ebenso zur persönlichen Werbung wie die Behauptung, der Konkurrent sei verschuldet ⁴⁾, er sei zahlungsunfähig und werde Konkurs machen ⁵⁾.

c. Hierher gehören auch die Fälle, daß behauptet wird, der Konkurrent sei vorbestraft ⁶⁾, er sei in einen Prozeß verwickelt, des weiteren Angaben über das Vorleben des Konkurrenten, etwa er sei schuldhaft geschieden oder führe einen unehrenhaften Lebenswandel.

3. Rechtliche Beurteilung:

In Rechtsprechung und Schrifttum besteht heute Einigkeit darüber, daß niemand zu Zwecken des Wettbewerbs die Person seines Konkurrenten herabsetzen dürfe. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts war indes schwankend. Ein Urteil aus dem Jahre 1915 ⁷⁾ ließ es zu, daß ein deutsches Versicherungsunternehmen durch

1) vgl. RG MuW 14/32 (englische Feuerversicherung); RG GRUR 33/321 (ausländische Gastwirtschaften); RG GRUR 33/507 (Dunlop); RG GRUR 40/301 (Coramin);

vgl. auch das interessante Beispiel bei D. Reimer (S. 37): "Deutsche, kauft deutsches Zigarettenpapier".

2) RG GRUR 33/162 (Doppelrahmkäse); RG GRUR 33/507 (Dunlop).

3) OLG Köln, GRUR 34/202.

4) RG GRUR 34/317.

5) RGZ 75/61 im Gegensatz zu RG MuW 8/153.

6) RG GRUR 38/923 (Devisenvergehen).

7) vgl. RGZ 166/14 (Fahrradzeitschrift); BGH GRUR 62/34 (Torsana) = BB 61/1142;

vgl. auch Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 22; Reimer, S. 545 Anm. 5.

8) RG MuW 14/391 (englische Feuerversicherung).

Rundschreiben vor Vertragsabschlüssen mit einer britischen Firma warnte, weil im Schadensfall keine oder jedenfalls keine ausreichende Schadensdeckung zu erwarten sei. Das Reichsgericht hielt diese Werbung für erlaubt, da der Inhalt des Rundschreibens wahr sei und angesichts der Kriegslage derartige Befürchtungen gegenüber einem britischen Unternehmen berechtigt seien.

So verständlich diese Entscheidung zur damaligen Zeit gewesen sein mag, so wenig ist sie nach heutiger Ansicht zu halten. Es kann nicht darauf ankommen, ob die über die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse des Gegners aufgestellten Behauptungen wahr sind oder nicht ¹⁾. Es widerspricht den guten Sitten im Wettbewerb und bedeutet bereits dann einen Verstoß gegen § 1 UWG, wenn durch die Behauptung wahrer Tatsachen die Person des Konkurrenten in den Wettbewerb miteinbezogen wird. Wird dabei gar noch die Unwahrheit gesagt, so ergibt sich die Unzulässigkeit der persönlichen Werbung überdies aus den Vorschriften der §§ 14, 15 UWG, 823 Abs. 2, 824, 826, 1004 BGB und 185 StGB ²⁾.

In einer weiteren Entscheidung hielt das Reichsgericht den Hinweis auf den in den nächsten Tagen bevorstehenden Konkurs der Konkurrenzfirma, verbunden mit dem empfehlenden Hinweis auf die eigene Firma, für zulässig ³⁾. Da auch hier mit einer solchen Werbung Dinge "außerhalb des Wettbewerbsgegenstandes" zur Sprache gebracht werden, ist das Urteil zu Recht auf Kritik gestoßen ⁴⁾.

Besonderer Erwähnung bedarf der Fall der persönlichen Werbung, daß ein Konkurrent wahrheitsgemäß von seinem Geschäftsgegner behauptet, dieser habe ihm gegenüber eine Wettbewerbsverfehlung begangen und es sei in dieser Sache ein Prozeß entweder anhängig gewesen oder noch anhängig. Ist der Prozeß abgeschlossen, so muß es dem Werbungstreibenden wenigstens insoweit gestattet sein, in seiner Werbung auf diese Tatsache hinzuweisen, als die Verfehlung noch in die Gegenwart nachwirkt ⁵⁾, denn in diesem Fall ist der frühere "rechtswidrige

1) so auch BGH GRUR 58/35 (Fundstelle); BGH GRUR 62/34; Reimer (S. 545) betont richtig, daß diese Dinge außerhalb des Wettbewerbsgegenstands liegen.

2) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 22.

3) RG MuW 8/153.

4) bei Reimer (S. 546) und Baumbach-Hefermehl (§ 1 Anm. 22).

5) das Reichsgericht (RG MuW 24/206 - zitiert bei Reimer, S. 545) macht jedoch Einschränkungen für den Fall, daß die Werbebehauptung ausschließlich zur wirtschaftlichen Schädigung aufgestellt wurde oder der Vorfall weit zurückliegt oder verhältnismäßig gering war;

Reimer (S. 546) hält jeden Hinweis generell für unzulässig; ähnlich auch D. Reimer, S. 43.

Angriff" im Jetztzeitpunkt noch "gegenwärtig". Allerdings muß sich der Hinweis in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen halten. Die übertriebene und auffällige, grundlos häufig wiederholte und offensichtlich nur dem Reklamebedürfnis dienende Veröffentlichung des einmal erstrittenen Urteils ist nicht zulässig, ungeachtet der im Urteil ausgesprochenen Veröffentlichungsbefugnis ¹⁾.

Liegt der Werbungtreibende im Zeitpunkt seiner Werbung mit seinem Konkurrenten im Rechtsstreit, so ist jeder Hinweis auf diese Tatsache unlauter. Das folgt schon daraus, daß das Vorliegen eines "rechtswidrigen Angriffs" im Prozeß erst festgestellt werden soll. Vor Rechtskraft des Urteils kann eine persönliche Inbezugnahme nicht gestattet sein ²⁾.

Schließlich kann von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der persönlichen Werbung nur dann abgegangen werden, wenn es sich um die Abwehr eines werbemäßigen Angriffs eines Konkurrenten oder um sonstige Wahrnehmung berechtigter Interessen handelt ³⁾.

Aber auch hier müssen die Grenzen eng gesteckt sein. Der Angegriffene kann sich zur Abwehr in erster Linie des gerichtlichen Schutzes bedienen, und er wird damit regelmäßig seine Interessen wahren können. Meist wird also eine persönliche Werbung am fehlenden Merkmal der Erforderlichkeit scheitern.

3. KAPITEL

DIE ANLEHNENDE WERBUNG ⁴⁾

Unter anlehnender Werbung versteht man die Bezugnahme auf eine fremde Leistung, wobei die Güte der eigenen Leistung durch Gleichsetzung mit der fremden herausgestellt werden soll ⁵⁾. Der gute Ruf des Konkurrenten wird für das eigene Erzeugnis ausgenutzt, man "pflügt mit fremdem Kalbe" ⁶⁾. Zweck

-
- 1) vgl. RG MuW 26/223 (Augengläser);
a. A. über die Bedeutung der Veröffentlichungsbefugnis D. Reimer, S. 43.
 - 2) vgl. OLG Hamburg, WRP 56/72;
zust. auch D. Reimer (S. 43), der sich auf französische Urteile beruft.
 - 3) vgl. RG GRUR 44/34 (Stahlbeton) und Reimer, S. 547.
 - 4) über den Unterschied zur persönlichen und vergleichenden Werbung vgl. Rudloff-Blochwitz, S. 256.
 - 5) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 294;
v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30 g; Bussmann, ZAKDR 35/841.
 - 6) Lobe, MuW 16/128.

dieser Werbeart ist es also, das eigene Produkt an das fremde "anzuhängen"; damit soll allerdings nicht erreicht werden, daß man das eine mit dem anderen verwechselt, sondern durch "offene Anlehnung" ¹⁾ soll das eigene als mit dem fremden gleichwertig hingestellt werden. Die angepriesene Ware ist demnach "ebenso gut wie ...", gilt als "Ersatz für ...", ist "in gleicher Qualität wie ...", "nach System von ...", "nach Art von ...", à la u.ä. Nerreter ²⁾ meint, es komme dem Werbungstreibenden nicht darauf an, die Öffentlichkeit zum Nachdenken anzuregen, sondern diese könne geradezu mit der Trägheit der öffentlichen Meinung und bemühe sich, mit den bereits vorhandenen allgemeinen Vorstellungen auch die Vorstellung speziell seiner Ware zu verbinden. Als eindrucksvolle Beispiele seien folgende Urteile genannt: "Piscyol ist gleichwertiger Ersatz für Ichthyol" ³⁾, "Lubroline-Öle (sind in Qualität gleich Valvoline)" ⁴⁾, "Likör nach Art der Benediktiner" ⁵⁾ sowie "Garlock-Packung - Ersatz" ⁶⁾.

Die berühmteste Entscheidung dieser Art ist der vom Reichsgericht entschiedene "Bromural"-Fall ⁷⁾:

Die Klägerin stellte seit zwanzig Jahren das Nervenberuhigungsmittel "Bromural" her. Nach Ablauf des Patentschutzes brachte die Beklagte ein unstreitig identisches Präparat auf den Markt. In einem Rundschreiben an Ärzte und Apotheker wies die Beklagte auf diese Identität hin, ebenso auf den bestehenden Preisunterschied zu ihrem eigenen Erzeugnis.

Das Reichsgericht sah diese Werbung als unzulässig an. Den entscheidenden Ansatzpunkt sah es nicht in einer etwaigen Täuschung des Käufers (beide Präparate waren unstreitig identisch), sondern darin, "daß die Beklagte das Erzeugnis des zu bekämpfenden Mitbewerbers und dessen Warenbezeichnung benennt, um durch die Benennung diesem die Kunden abspenstig zu machen und für sich zu gewinnen". Der Hinweis habe den Zweck, den guten Ruf des Mitbewerbers für die Werbung des neuen Herstellers der Ware auszunutzen, das fremde Arbeitsergebnis werde als Vorspann für eigene Zwecke verwendet ⁸⁾.

-
- 1) im Gegensatz zur versteckten Anlehnung durch bewußte Annäherung an eigenartige, im Verkehr bekannte Merkmale einer fremden Ware (vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 296).
 - 2) vgl. Nerreter, GRUR 33/8 ff. (11).
 - 3) OLG Hamburg, GRUR 49/92.
 - 4) RG MuW 30/120.
 - 5) OLG Hamburg JW 29/2756.
 - 6) RG GRUR 16/651.
 - 7) RGZ 143/362.
 - 8) vgl. D. Reimer, S. 10.

In neuerer Zeit hat sich die Kontroverse um die grundsätzliche Zulassung der vergleichenden Werbung zum Teil an diesem Urteil entzündet ¹⁾. So wird später noch zu überlegen sein, ob nicht das Interesse des Verbrauchers an Aufklärung über den bestehenden Preisunterschied dem Schutzbedürfnis des älteren Wettbewerbers vorzuziehen ist und ob hier nicht in Wahrheit ein -zuzulassender- Preisvergleich vorliegt.

Im übrigen besteht jedoch über die grundsätzliche Sittenwidrigkeit der anlehnen- den Werbung gemäß § 1 UWG Einigkeit ²⁾. Schwierigkeiten bietet allenfalls die Beantwortung der Frage, wann eine "Anlehnung" vorliegt. Die Kriterien hierfür können indes unschwer in den meisten Fällen der äußeren Form der Werbung entnommen werden ³⁾. Der Vollständigkeit halber sei schließlich noch darauf hingewiesen, daß bei einer anlehnen- den Werbung regelmäßig auch eine Verletzung von Warenzeichen - und Ausstattungsrechten gegeben sein wird ⁴⁾.

4. KAPITEL

DIE ALLEINSTELLUNGSWERBUNG

1. Kennzeichnung und einzelne Fälle

Bisher wurde gezeigt, daß die Fälle der persönlichen sowie der anlehnen- den Werbung wegen ihrer spezifisch unlauteren Anknüpfungspunkte (hier die persönlichen Verhältnisse, da der gute Ruf und die Arbeitsleistung des Konkurrenten) als sittenwidrig außer Streit stehen. Sie sollen daher für die weitere Untersuchung, die ausschließlich der Prüfung der Zulässigkeit kritisierender vergleichender Werbung gilt, ausgeschieden bleiben. Soweit nämlich der Streit um deren Zulässigkeit geführt wird, besteht Einigkeit darüber, daß persönliche und anlehnde Werbung als unlautere Wettbewerbsmittel weiterhin verboten bleiben sollen ⁵⁾.

Heftig umstritten ist indessen, ob die alleinstellende Werbung systematisch zum Komplex der bezugnehmenden Werbung zu rechnen ist, sowie die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sie unter dem Gesichtspunkt vergleichender Werbung verboten werden soll.

1) vgl. vor allem den Vortrag von Völz in GRUR 62/178 ff.

2) vgl. BGH WRP 56/244 (Bünder Glas) = NJW 56/1556 = BB 56/703; Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 294; Reimer, S. 548 Anm. 10.

3) so Nerreter, GRUR 33/8 ff (11); im wesentlichen zust. H. Droste, GRUR 51/140.

4) vgl. Reimer, S. 548; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30 g.

5) vgl. Völz, WRP 60/197.

Alleinstellungswerbung ist der Oberbegriff für eine Werbung, die vom umworbenen Publikum dahin verstanden wird, daß der Werbende allgemein oder in bestimmter Hinsicht eine Spitzenstellung auf dem Markt in Anspruch nimmt ¹⁾. Dies kann in verschiedener Weise geschehen, ohne daß die grammatikalische Form entscheidend ist ²⁾. Maßgebend ist allein die Wirkung, die mit der Werbeaussage auf das Publikum erzielt wird ³⁾. Es entscheiden die angesprochenen Verkehrskreise: Auch eine Werbung, mit der sprachlich keine Alleinstellung behauptet wird, ist Alleinstellung, wenn ein nicht gerade unbedeutender Teil des Publikums der Auffassung sein muß, der Werbende wolle auf eine erreichte Spitzenstellung hinweisen, also auf die Tatsache, daß seine Leistung der aller Konkurrenten überlegen sei ⁴⁾.

Die Alleinstellung bedient sich der verschiedensten Ausdrucksmittel. Sehr gebräuchlich ist die Verwendung des Superlativs. Man spricht daher für diese Art der Werbung von Superlativ-Werbung, also etwa "Großtes Schuhhaus der Stadt" ⁵⁾, "Deutschlands größtes Möbel- und Einrichtungshaus" ⁶⁾, "Gutermanns Nähseide ist die beste" ⁷⁾ u. ä.

Nicht immer deutet der Gebrauch des Superlativ auf eine Alleinstellung. Die Werbung "Das beste Persil, das es je gab" oder "Sonit, das strahlendste Weiß meines Lebens" bezeichnet nicht eine Spitzenstellung unter der Konkurrenz, sondern weist auf einen - zulässigen - Vergleich mit eigenen Erzeugnissen hin ⁸⁾.

Ebensowenig ist die Werbung "Deutsches Spitzenerzeugnis" ⁹⁾ alleinstellend, denn

- 1) Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 35;
Cyrus (GRUR 61/11 (12)) spricht von einer beweisbaren und ernstgemeinten Sonderstellung; (kritisch hierzu v. Bernstorff, WRP 61/297 ff (298); über weitere Definitionen vgl. Simon WuW 56/48 ff. (49), H. Droste GRUR 53/16, v. Rützen-Kositzkau WRP 56/1.
- 2) Simon, WuW 56/48 ff. (49).
- 3) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 35; Tetzner, JZ 53/205; Arras, NJW 54/1910; v. Rützen-Kositzkau, WRP 56/61 f.; v. Bernstorff, WRP 61 297.
- 4) vgl. v. Bernstorff aaO;
zur Frage, wann kein unbedeutender Teil des Publikums vorliegt, vgl. BGH GRUR 55/37 (41) (Cupresa-Seide) = NJW 54/1566 = BB 54/670.
- 5) LG Oldenburg WRP 62/133.
- 6) OLG Frankfurt WRP 61/186.
- 7) OLG Stuttgart GRUR 55/50.
- 8) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 36.
- 9) BGH WRP 61/214 (Feldstecher) = NJW 61/1526 = BB 61/699.

es wird mit ihr nur die Zugehörigkeit zur Spitzengruppe, nicht aber ein Vorsprung vor anderen Erzeugnissen behauptet.

Sehr vom Einzelfall hängt es ab, ob eine Werbung, die einen Komparativ verwendet, als Alleinstellung anzusehen ist. Die Grenze zur kritisierenden vergleichenden Werbung ist hier sehr flüssig, und in der Regel wird diese vorliegen, weil meist auf einen bestimmten Konkurrenten hingewiesen wird ¹⁾. So handelt es sich bei dem vom Reichsgericht entschiedenen sog. "Odol"-Fall (".... ja, aber Odol ist besser") ²⁾ um echte kritisierende Vergleichswerbung ³⁾. Eine Spitzenstellung ist hier nicht ausgedrückt, vielmehr war das Publikum durch die Weglassung am Anfang der Werbeaussage praktisch gezwungen, einen Vergleich zu einem bestimmten Konkurrenzprodukt (nämlich Chlorodont) zu ziehen ⁴⁾, und dies um so eher, als die Werbung für Chlorodont und Odol an sich ständig begegnenden Berliner Omnibussen angebracht war. Dennoch hat hier das Reichsgericht - übrigens zu einer Zeit, als es wahre vergleichende Werbung noch für zulässig hielt - mangels erkennbarer Bezugnahme keine Vergleichung gesehen. Es ließ die Werbung als "reklamehafte Satzbildung ohne eigentlichen Wesensgehalt" zu ⁵⁾.

Ein zweites Beispiel soll zeigen, wie wenig die Verwendung eines Komparativs ein Indiz für das Vorliegen einer Alleinstellungswerbung ist. Der Werbespruch "Erstmalig für die deutsche Hausfrau, verleiht der Wäsche längere Lebensdauer, die Wäsche sitzt besser, bleibt länger sauber, bügelt sich leichter" ⁶⁾ ist nicht alleinstellend, denn eine echte Spitzenstellung gegenüber der Konkurrenz ist nicht unbedingt behauptet. Allerdings läge auch kritisierende vergleichende Werbung nur dann vor, wenn der Kreis der Konkurrenten derart überschaubar wäre, daß sich ein Vergleich mit deren Ware geradezu aufdrängt. Bejaht wurde dies von der Rechtsprechung in den Fällen "Es gibt nichts Besseres" ⁷⁾, "Elektrolux ist besser, besser kauf Elektrolux" ⁸⁾ und "Es gibt heute auf der Welt kein besseres Rohmaterial für Gardinenstoffe, auch nicht zu einem höheren Preis" ⁹⁾. Hier wirkte sich der Komparativ in Wirklichkeit so aus, daß das

1) vgl. Brandt, MA 54/741 ff. (749).

2) RGZ 131/75 = GRUR 31/165.

3) in diesem Sinne auch Reimer (S. 554) und Grote (S. 103).

4) Tetzner, S. 73.

5) RG aaO;

kritisch hierzu Bussmann, ZAKDR 35/841 ff. (842).

6) Beispiel nach Tetzner, JZ 53/205 ff. (206).

7) LG Hamburg GRUR 56/423 (Steinhäger).

8) OLG Düsseldorf GRUR 55/427 (mit Anm. von v. Rützen-Kositzkau, WRP 56/61 ff. (63)).

9) OLG Düsseldorf WRP 57/179.

Publikum zum Vergleich mit entsprechenden, bekannten Fabrikanten gedrängt wurde. Praktisch wird es also nur dann möglich sein, mit dem grammatikalischen Komparativ eine Alleinstellung auszudrücken, wenn wegen der unübersehbaren Vielzahl der Konkurrenten eine erkennbare Bezugnahme ausgeschlossen ist. Regelmäßig wird sonst eine vergleichende Werbung vorliegen ¹⁾.

Eine Alleinstellung ist auch mit dem grammatikalischen Positiv ausdrückbar. Die Werbung "Erstes Haus am Platze" deutet auf eine Spitzenstellung hin, die durch ganz außergewöhnliche Leistungen gehalten wird ²⁾. Mehrdeutig ist der Werbespruch "XY, die große Marke". Die Deutung, XY sei von allen vergleichbaren Marken die größte (= beste), ist ebenso möglich wie die, XY zahle unter die besten Marken der entsprechenden Gattung. Nur im ersten Fall wäre eine Alleinstellung behauptet.

Der bestimmte Artikel kennzeichnet eine Alleinstellung, wenn er durch Sperrdruck oder Betonung werbemäßig besonders hervorgehoben wird: "Das Kennwort guter Uhren" ³⁾, "Das Waschmittel aller Waschmittel" ⁴⁾ oder "Die Gaststätte an der Unterelbe" ⁵⁾. Entscheiden wird hier oft die Situation im Einzelfall ⁶⁾.

Schließlich gehören zur Alleinstellungswerbung auch noch Werbeaussagen, die zwar einen Superlativ im grammatikalischen Sinn nicht verwenden, deren Sinngehalt jedoch eindeutig superlativisch aufzufassen ist: "Pepsodent, die Zahnpasta mit dem einzigartigen Aroma" ⁷⁾, "XY hat überragende Waschkraft" ⁷⁾ oder "Ohne Ata geht es nicht" ⁷⁾.

2. Rechtliche Beurteilung der Alleinstellungswerbung gemäß § 3 UWG

Die Prüfung der Zulässigkeit einer Alleinstellung hat zunächst unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG zu erfolgen. Danach sind unrichtige Angaben über geschäftliche Verhältnisse, die den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen geeignet sind, verboten. Sonach ist eine Alleinstellung zu-

1) Bock, Diss., S. 70 f.

a. A. für "Elektrolux"; v. Rützen-Kositzkau, WRP 56/61 ff. (63).

2) Die Deutung als Altersbezeichnung ist zwar denkbar, doch ist das "erste" Haus nicht unbedingt auch das älteste.

3) RG GRUR 31/526 (Alpina).

4) Beispiel b. Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 39.

5) OLG Celle WRP 61/272.

6) vgl. Baumbach-Hefermehl aaO.

7) Beispiele bei Tetzner, JZ 53/205 f. (206).

lässig, wenn sie wahr ist, d.h. wenn sie zutreffende Behauptungen tatsächlicher Art aufstellt, die nachprüfbar und beweisbar sind. Nicht unter § 3 UWG fallen reine Werturteile ohne sachlichen Hintergrund ("Der beste Film des Jahres", "Die schönsten Blumen") sowie marktschreierische Behauptungen, die niemand für ernst nimmt und die auch keinen Anspruch darauf erheben, auf ihren Wahrheitsgehalt nachgeprüft zu werden ¹⁾, also etwa "Weltweite Mode", "Völlig konkurrenzlos" ²⁾ oder "Riesenlager mit Riesenauswahl" ³⁾.

Die Rechtsprechung zur Frage der Wahrheit einer Alleinstellungswerbung läßt sich wie folgt zusammenfassen: Der Werbende muß mit seinem Erzeugnis eine solche Spitzenposition am Markt erlangt haben, daß er seine Konkurrenten deutlich und für einen längeren Zeitraum nachweislich überragt ⁴⁾. Ein nur vorübergehender Vorsprung berechtigt nicht zur Alleinstellung, ebensowenig ein zwar erheblicher Vorsprung, der aber insgesamt durch entscheidende Nachteile kompensiert wird. Das "Größte Fachgeschäft am Platze" ⁵⁾ muß seine Konkurrenten durch besondere Leistungen erheblich überragen, denn Hinweise auf die Unternehmensgröße werden im Verkehr ernstgenommen und sind auf ihren Wahrheitsgehalt nachprüfbar ⁶⁾. Ein "Erstes Haus am Platze" ist also etwa ein Hotel, das sich hinsichtlich Bettenzahl, Komfort und Service deutlich von anderen Hotels der gleichen Stadt abhebt. Die Werbung "Gütermanns Nähseide ist die beste" wurde für unzulässig gehalten, weil sich der deutliche Vorsprung vor der Konkurrenz nicht ermitteln ließ ⁷⁾.

Bei der Prüfung der Frage nach mangelnder Ernstlichkeit einer Werbung legt die Rechtsprechung zunehmend einen strengeren Maßstab an, zumal wenn es um die Beschaffenheit von Waren geht ⁸⁾. Das ist oft nicht berechtigt, es besteht hier zumeist kein Bedürfnis, den Verbraucher vor einer Fehleinführung zu schützen, da der mangelnde sachliche Gehalt bei Anpreisungen wie "ganz außergewöhnlich", "hervorragend" etc. in der Regel beim Publikum bekannt ist.

-
- 1) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 42, 43;
Reimer, S. 554 Anm. 13; Brandt, MA 54/741 ff. (749).
 - 2) RG GRUR 31/875 (Präservative).
 - 3) Entscheidung des Werberats der deutschen Wirtschaft in GRUR 36/143.
 - 4) ein nur merkliches überragen genügt wegen seiner Unbestimmtheit nicht (vgl. Frey, WRP 62/65 ff. (66);
über den Umfang der führenden Stellung vgl. LG Köln WRP 55/23 und v. Bernstorff, WRP 61/297 ff. (301).
 - 5) LG Köln aaO.
 - 6) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 44.
 - 7) OLG Stuttgart GRUR 55/50.
 - 8) so nach Meinung von Baumbach-Hefermehl aaO; Reimer, S. 602.

3. Rechtliche Beurteilung der Alleinstellungswerbung als vergleichende Werbung gemäß § 1 UWG

Im Hinblick auf das Thema der vorliegenden Untersuchung ist es wichtig festzustellen, ob eine Alleinstellungswerbung als vergleichende Werbung gegen § 1 UWG verstoßen kann ¹⁾.

Entscheidend hierfür ist das Merkmal der erkennbaren Bezugnahme. Es müssen nach der maßgeblichen Meinung eines nicht unerheblichen Teils der Verkehrskreise bestimmte Konkurrenten von der Werbung betroffen werden ²⁾.

Ausgangspunkt für die Lösung dieses Problems ist die Überlegung, daß nicht nur die Werbung mit Komparativen, sondern jede Art einer Alleinstellung einen Vergleich und damit eine Bezugnahme auf die Konkurrenz beinhalten kann. Wenn behauptet wird, Gütermanns Nähseide sei die beste, so ist damit zugleich eine Beziehung zu den übrigen Nähseidenfabrikanten hergestellt. Dies gilt in gleicher Weise etwa für die Behauptungen "größtes" und "bestes". Jeder, der sein Erzeugnis als das größte oder beste bezeichnet, gibt damit wenigstens stillschweigend zu erkennen, daß er andere Erzeugnisse für nicht so groß oder gut hält ³⁾. Er vergleicht sich also mit der Konkurrenz, mindestens aber wird das Publikum zum Vergleich veranlaßt, wenn es die übrigen Konkurrenten kennt. Für die "erkennbare Bezugnahme" ist nicht entscheidend, daß die Konkurrenten namentlich genannt sind; es genügt, daß der Verkehr sie als vom Vergleich betroffen erkennt ⁴⁾. Der Ansicht, daß diese tatbestandlichen Voraussetzungen in den wenigsten Fällen erfüllt seien ⁵⁾, und daß die Vergleichswirkung überhaupt nur eine "sekundäre Nebenwirkung der Alleinstellung" ⁶⁾ sei, ist in dieser Allgemeinheit nicht zuzustimmen. Selbstverständlich wird eine allgemein

1) vgl. zu diesem Problem: Droste, GRUR 53/16 f.; Sonderland, BB 53/958 ff. (1960); Arras, NJW 54/1910; Simon, WuW 56/48 ff. (51); Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 46;

Folgende Entscheidungen wurden auch unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung geprüft: LG Köln WRP 55/23 ("Größtes Fachgeschäft am Platze"); OLG Stuttgart GRUR 55/50 (Gütermanns Nähseide); OLG Hamburg GRUR 53/533 ("Sieh alle Möbellager durch und kaufe dann bei Schulenburg"); IHK München BB 56/703; OLG München WRP 58/25 ("Größte Fachzeitschrift").

2) vgl. OLG Stuttgart GRUR 55/50; nach Höfer (WRP 61/206) muß eine gezielte Wirkung auf den Konkurrenten ersichtlich sein; (so auch von Rützen-Kositzkau, WRP 56/61).

3) vgl. Simon, WuW 56/48 ff. (51).

4) Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 46.

5) Baumbach-Hefermehl aaO.

6) so Baumbach-Hefermehl aaO; Joetze (S. 76) spricht von einer "psychologischen Nebenwirkung".

gefaßte Werbebehauptung keine Bezugnahme enthalten und folglich nicht zum Vergleich anregen. Aber solche bezugslosen Werbeformen werden schon deswegen selten sein, weil sie nicht ernst genommen werden und ihre Werbewirkung daher gering ist. Die Werbung "Größtes Fachgeschäft am Platz" will aber zum Vergleich mit anderen Firmen derselben Stadt anregen. Es wäre sicherlich lebensfremd, eine solche Werbung als bezugslos anzusehen.

Die rechtliche Behandlung der der vergleichenden Werbung unterfallenden Alleinstellung ist strittig. Sie führt bereits mitten in die Kontroverse um die grundsätzliche Zulässigkeit einer vergleichenden Werbung überhaupt. Die einen halten daher eine solche Werbung ohne Rücksicht auf ihren Wahrheitsgehalt für unzulässig ¹⁾, andere halten sie für grundsätzlich zulässig, weil auch ganz allgemein jede wahre Vergleichswerbung zulässig sein müsse ²⁾, und eine vermittelnde Meinung plädiert für die Zulassung der Alleinstellungswerbung als weiteren Ausnahmefall vom Verbot vergleichender Werbung ³⁾.

Bock schließlich differenziert: Seiner Ansicht nach verstoße die Komparativreklame ohne weiteres gegen § 1 UWG. Dagegen müsse man die wahre, einen Vergleich enthaltende Superlativreklame zulassen. Bei ihr fehle die bei der kritisierenden vergleichenden Reklame typische Ausgangslage, nämlich die Gegenüberstellung eigener und fremder Waren. Sie beschäftige sich vielmehr mit Umständen, die das eigene Unternehmen als solches, nicht aber dessen Erzeugnisse betreffen ⁴⁾.

Bereits die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat eine Alleinstellung unter dem Gesichtspunkt vergleichender Werbung geprüft. Wahre, wenn auch bezugnehmende Alleinstellungen ließ das Reichsgericht zu einer Zeit, als es die vergleichende Werbung bereits verboten hatte, noch zu. Erst nach dem Kriege wurde das Verhältnis zur vergleichenden Werbung richtig erkannt ⁵⁾. Aber auch dann wurde die Alleinstellung zunächst noch zugelassen, sofern sie nur erweislich wahr war ⁶⁾.

1) vgl. H. Droste / GRUR 53/16 ff. (18); Sonderland, (BB 53/958 ff. (960); Arras, NJW 54/1910 ff. (1912); v. Bernstorff, WRP 61/297 ff. (299); v. Godin-Hoth, § 3 Anm. 11 n; differenzierend Höfer, WRP 61/206.

2) vgl. Wenzel, NJW 62/81 ff.; Rinck, BB 62/105; über die Frage der Zulässigkeit der vergleichenden Werbung allgemein vgl. die auf Seite 37 Genannten.

3) Simon, WuW 56/48 ff. (54); wohl auch Beutel, Diss. jur., S. 71.

4) S. 88.

5) vgl. OLG Stuttgart GRUR 55/50 (Gütermanns Nahseide); OLG München GRUR 59/50 ("größte und bedeutendste Zeitschrift des Fachs").

6) OLG Stuttgart aaO.

Das OLG Düsseldorf wandte die Grundsätze der vergleichenden Werbung zwar an ¹⁾. Es erscheint indes zweifelhaft, ob es nicht im entschiedenen Fall

"Elektrolux" überhaupt bereits an einer Bezugnahme fehlte ²⁾. In weiteren Entscheidungen ³⁾ wurde die Alleinstellung sowohl nach § 3 UWG wie nach § 1 UWG untersucht und trotz Wahrheit für unzulässig erklärt.

Die Lösung dieser Rechtsfrage kann nicht ohne grundsätzliche Stellungnahme zur Zulässigkeit der vergleichenden Werbung allgemein gefunden werden.

Gelangt man nämlich zu dem Ergebnis, wahre vergleichende Werbung müsse grundsätzlich erlaubt sein, so hat dies auch seine Auswirkung auf die Zulässigkeit der Alleinstellungswerbung, soweit diese den Tatbestand der vergleichenden Werbung erfüllt.

5. KAPITEL

DIE KRITISIERENDE VERGLEICHENDE WERBUNG

1. Kennzeichnung:

Bei dieser Werbeart, deren rechtliche Behandlung im weiteren ausführlich untersucht werden soll, befaßt sich der Werbungstreibende kritisch mit der Ware oder Leistung seines Konkurrenten, um auf diese Weise die eigene Ware oder Leistung als besser oder billiger hinzustellen ⁴⁾. Für das Vorliegen von vergleichender Werbung ist entscheidend, daß die angesprochenen Verkehrskreise auf Grund der Werbung einen Vergleich mit bestimmten Konkurrenten oder einem Teil von ihnen ziehen ⁵⁾. Maßgebend ist der Sinngehalt, der sich nach dem

1) OLG Düsseldorf GRUR 55/427.

2) zust. Joetze, S. 78.

3) LG Köln WRP 55/23 (Größtes Fachgeschäft am Platze); OLG München GRUR 57/441 ("unübertrefflich"); OLG München GRUR 59/50 (Größte und bedeutendste Zeitschrift des Fachs) = im Ergebnis gegenüber dem OLG Stuttgart (aaO) anderer Ansicht.

4) vgl. die Definitionen von Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 25; Tetzner, S. 70; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 51; Schönherr-Bussmann, S. 11.

5) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 31; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 48 f.; Ingelmann, WRP 60/178 (= Anm. zu OLG Hamburg WRP 60/104); Nach Baumbach-Hefermehl (aaO) muß die Werbung "auf einen oder mehrere individuell bestimmte Mitbewerber so deutlich hinweisen, daß ein nicht ganz unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise diese als

Gesamteindruck dem flüchtigen Leser aufdrängt, wobei freilich in der Praxis zuweilen recht strenge Maßstäbe angelegt werden.

Ein solcher Vergleich kann auf verschiedene Art und Weise vorgenommen werden. Ein Vergleich, der sich nur mit der eigenen, etwa zeitlich zurückliegenden Leistung befaßt, fällt von vornherein nicht unter die vergleichende Werbung. Am häufigsten ist im übrigen die vergleichende Gegenüberstellung von Qualitätsmerkmalen bei Waren und Leistungen sowie Preisvergleiche. Tritt die Darstellung der Vorzüge eines Erzeugnisses hinter der Darstellung von Verfahrensweisen oder Systemen zurück, so liegt ein später noch zu erörternder Systemvergleich vor, der jedoch nicht zur vergleichenden Werbung i. e. S. zählt.

Im einzelnen ergeben sich folgende Möglichkeiten, einen Vergleich durchzuführen:

1. Die Gegenüberstellung von Preisen (sog. Preisvergleich). Es gibt verschiedene Möglichkeiten, einen solchen Vergleich durchzuführen. Eine eindeutige Bezugnahme auf den Konkurrenten liegt vor bei der Behauptung "X ist um 20 % teurer als Y". Nicht immer ist indessen der Bezugspunkt ohne weiteres erkennbar. So wurde eine Bezugnahme verneint bei dem Vergleich zwischen empfohlenem Richtpreis und tatsächlich gefordertem Preis ¹⁾, zwischen Friedenspreis und heutigem Preis ²⁾; dagegen wurde sie bejaht bei dem Vergleich des eigenen Preises mit dem Listenpreis ³⁾ und dem Neupreis ⁴⁾.
2. Die Gegenüberstellung von Qualitätsmerkmalen (sog. Qualitätsvergleich ⁵⁾).

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 16:
betroffen ansieht";

vgl. auch die Entscheidungen: BGH GRUR 52/582 (Sprächstunden); OLG Hamburg WRP 60/104 ("Mehr fürs Geld bei ..."); OLG Köln WRP 62/130 ("Kaufen Sie, wo man mehr bietet").

- 1) vgl. OLG Oldenburg WRP 63/278; OLG Düsseldorf JZ 63/372 (mit Anm. von Plassmann) = BB 63/1033; LG Tübingen WRP 63/20 = BB 63/63; OLG München WRP 64/310 = BB 64/902; OLG Stuttgart BB 64/240; BGH WRP 64/370 = NJW 64/2247 = DB 64/1512;
- a. A. Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, DW 60/10 (Staubsauger).
- 2) OLG Celle WRP 63/61.
- 3) OLG Köln WRP 59/220 = GRUR 59/551; LG Frankfurt WRP 59/149; OLG Karlsruhe WRP 60/307 = BB 60/1181; OLG Köln GRUR 61/137 (Canzonetta); vgl. auch OLG München WRP 62/17 = NJW 62/111.
- 4) OLG München aaO.
- 5) Ausdruck des Verf.; vgl. auch die ähnliche Formulierung von Schmid, Diss., S. 82.

3. Die Gegenüberstellung von Quantität,

4. Die Gegenüberstellung von sonstigen Vorzügen (etwa praktische Handhabung, Kundendienst etc.).

Dabei können sämtliche vier Möglichkeiten auch in einer Werbung zusammen treffen.

Erwähnt sei schließlich noch, daß auch die Art und Weise einer Gegenüberstellung verschieden sein kann:

1. Einfache Gegenüberstellung durch den Werbungstreibenden selbst,
2. Gegenüberstellung unter Verwendung neutraler Testberichte,
3. Gegenüberstellung unter Verwendung von Gutachten anerkannter und neutraler Wissenschaftler.

2. Die rechtliche Beurteilung der kritisierenden vergleichenden Werbung nach geltendem Recht

Ist die Vergleichen un wahr, so ergibt sich ihre Unzulässigkeit aus verschiedenen gesetzlichen Vorschriften. Sie ist zunächst als Irreführung gemäß § 3 UWG verboten, und sie kann auch gemäß § 14 UWG unzulässig sein, wenn der Vergleich nicht erweislich wahr ist ¹⁾. Einschlagig sind weiter § 823 Abs. 1 BGB bei Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, § 823 Abs. 2 BGB bei Verletzung eines Schutzgesetzes (z.B. § 263 StGB), seltener § 824 BGB bei Kreditschädigung und § 826 BGB wegen seines gegenüber § 1 UWG subsidiären Charakters. Allerdings besteht für das Eingreifen des § 1 UWG nur dann ein Bedürfnis, wenn die übrigen Bestimmungen des UWG nicht ausreichen.

Ist der Vergleich zwar wahr, jedoch in Form und Gehalt unsachlich und gehässig, so ergibt sich seine Unzulässigkeit allein aus § 1 UWG, denn er verstößt dann gegen die "guten Sitten im Wettbewerb".

Nach herrschender Auffassung ist schließlich der Vergleich auch dann gemäß § 1 UWG sittenwidrig und folglich unzulässig, wenn er wahr und sachlich vorgenommen wird ²⁾. Als Gründe dafür werden angeführt:

1) vgl. Seubert, BB 60/965.

2) So die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts seit RG GRUR 31/1299 (Hellegold) und des Bundesgerichtshofs, zuletzt BGH WRP 64/237 (Fernsehinterview) = BB 63/1274 = DB 63/1533; für die Rechtsprechung der OLGs vgl. zuletzt OLG Celle GRUR 62/101 (Waschmaschinen) und OLG Köln WRP 62/130 = GRUR 62/102 (Kaufen Sie, wo man mehr bietet ...); zust. im Schrifttum: Baumbach-Hefemehl, § 1 Anm. 25; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30; Tetzner, S. 70; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 48 f.; vgl. auch die später im Text Genannten.

- a. Niemand könne in eigener Sache objektiv urteilen. Ein "Richteramt in eigener Sache" falle aus dem Rahmen eines lauterer Wettbewerbs heraus. Die Abwägung von Unterschieden müsse dem Verkehr überlassen bleiben. Dem Verkehr dürfe kein notwendig subjektiv gefärbtes Urteil aufgedrängt werden.
- b. Die vergleichende Werbung sei geeignet, den Markt zu verwirren. Der Werbende stelle, bewußt oder unbewußt, nur die Vorteile seiner eigenen Leistung heraus. Die Nachteile der eigenen und die Vorteile der fremden Leistung werde er nicht anführen. Der Vergleich werde dadurch zwangsläufig unvollständig, und der Verbraucher bekomme ein schiefes Bild, welches zur Marktverwirrung führe.
- c. Niemand brauche es sich gefallen zu lassen, daß seine eigene gewerbliche Leistung als Vorspann für eine fremde benutzt werde.

Auf Grund dieser Aufzählung folge die Sittenwidrigkeit der wahren vergleichenden Werbung aus

- a. Unlauterkeit von Seiten des Werbenden,
- b. Unlauterkeit vom Blickpunkt des Konkurrenten, der durch die Werbung betroffen wird,
- c. Unlauterkeit vom Blickpunkt des Publikums ¹⁾.

6. KAPITEL

DIE AUSNAHMEN VOM VERBOT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. Vorbemerkung:

Die wahre vergleichende Werbung ist aus den soeben dargelegten Gründen sittenwidrig, also grundsätzlich unzulässig. Immerhin hat aber bereits das Reichsgericht ²⁾ erkannt, daß der starke Verbotsgrundsatz nicht auf alle Fälle eines Werbevergleichs angewendet werden kann. Es hat daher mit Billigung des Schrifttums ³⁾ drei Ausnahmefälle zugelassen, denen das Merkmal werbemaßiger "Notwendigkeit" ⁴⁾ (der BGH spricht heute von "hinreichender Veranlassung")

¹⁾ vgl. zu dieser Einteilung D. Reimer, S. 19 ff.

²⁾ RG GRUR 33/249 (Paraffinkerzen).

³⁾ vgl. Nerreter, GRUR 33/8 ff. (14).

⁴⁾ RG GRUR 44/154 (Kalkpräparat); vgl. aber bereits RG GRUR 33/249

(Paraffinkerzen); RG GRUR 16/534 (Holzumpräparatungsmittel); vgl. auch 40/301 (Coramin).

sung" ¹⁾ zur Vornahme des Vergleichs gemeinsam ist, das den Vergleich rechtfertigt und den Vorwurf der Unlauterkeit entfallen läßt. "Notwendigkeit" liegt dann vor, wenn dem Werbungstreibenden Gründe zur Seite stehen, die die "Bezugnahme auf fremde Ware oder Leistung als sachlich geboten und damit auch nach allgemeiner Auffassung als gerechtfertigt erscheinen lassen" ²⁾. Daneben müssen selbstverständlich die allgemeinen Voraussetzungen von "Wahrheit" und "Sachlichkeit" erfüllt sein ³⁾.

2. Der Begriff "Notwendigkeit"

Notwendigkeit besteht für die Vornahme eines Werbevergleichs immer dann, wenn der Werbende auf keine andere Weise seine Interessen wahren kann. Das Reichsgericht äußert sich dazu wie folgt ⁴⁾:

"Es kann einem Wettbewerber nicht zugemutet werden, auf die Hervorhebung eines auf andere Weise nicht darzustellenden Vorzugs seiner Ware nur deshalb zu verzichten, weil sie ohne eine Berührung fremder Interessenbereiche nicht möglich ist. Eine solche Werbeweise wird vom Verkehr nicht als anstoßig empfunden, sofern sich die vergleichende Darstellung auf eine Gegenüberstellung der für die Veranschaulichung des Fortschritts wesentlichen Besonderheiten beschränkt und in den Grenzen einer sachlichen und wahrheitsgemäßen Erörterung hält".

Nach D. Reimer ⁵⁾ soll der Begriff "notwendiger Vergleich" auf alle erlaubten Ausnahmefälle der vergleichenden Werbung Verwendung finden können. Dies mag jedoch nur auf die Fälle der noch zu erörternden Fortschritts- und Abwehrvergleichs zutreffen. Beim Auskunftsvergleich wäre es verfehlt, von einer "Notwendigkeit" zu sprechen, denn diese liegt in Wahrheit nicht vor. Für alle erlaubten Ausnahmefälle trifft daher eher der vom BGH verwendete Begriff der "hinreichenden Veranlassung" zu.

-
- 1) BGH GRUR 62/45 (Betonzusatzmittel) = WRP 61/307 = NJW 61/1916 (mit Anm. von Völpe); BGH GRUR 63/371 mit Anm. von Krieger (Wäschestärkemittel) = NJW 63/536 = WRP 63/129.
 - 2) RG GRUR 44/154 (Kalkpräparat).
 - 3) vgl. Reimer, S. 552; D. Reimer, S. 124.
 - 4) RG GRUR 44/154 (Kalkpräparat).
 - 5) S. 123; zust. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 51.

3. Die anerkannten Ausnahmefälle:

a. Der Abwehrvergleich ¹⁾

aa. Beispiel: ("Betonzusatzmittel" ²⁾)

Die Klägerin vertreibt das Betonzusatzmittel "Rajasil", beklagt ist ein Fachverband der Zementhersteller. Über die Wirksamkeit des Betonzusatzmittels besteht in Fachkreisen Streit. Die Beklagte hat auf diesen Sachverhalt in ihrer Werbung unter Hinweis auf die Klägerin Bezug genommen.

Der Vergleich der Beklagten wurde unter dem Gesichtspunkt werbemäßiger Abwehr zugelassen, "weil die Gefahr bestehe, daß die mögliche Unwirksamkeit des Betonzusatzmittels den Ruf des Baumaterials "Beton" bei der Verbraucherschaft beeinträchtige."

bb. Der Abwehrvergleich dient also der Abwehr unberechtigter werbemäßiger Angriffe eines Konkurrenten. Er ist dem Rechtfertigungsgrund der Notwehr ähnlich und findet seine Rechtsgrundlage in der Vorschrift des § 227 BGB ³⁾, nach anderer Ansicht in der entsprechenden Anwendung des in § 227 BGB enthaltenen Rechtsgedankens unter Berücksichtigung der besonderen wettbewerbsrechtlichen Situation ⁴⁾. Man könnte demnach etwa so formulieren: "Ein Vergleich in der Werbung ist dann nicht sittenwidrig, wenn er erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, sittenwidrigen Werbeangriff von sich abzuwenden.

Zweifel können allerdings bei der Frage der Erforderlichkeit der Abwehr entstehen. So hat D. Reimer ⁵⁾ darauf hingewiesen, daß es in einem Rechtsstaat bedenklich sei, sich auf eigene Faust ohne Anrufung der staatlichen Rechtspflegeorgane gegen rechtswidrige Angriffe eines Konkurrenten zur Wehr zu setzen. Er will daher das Abwehrrecht und mithin die Zulässigkeit des Abwehrvergleichs auf ganz besondere Ausnahmen beschränken ⁶⁾.

1) zur werbemäßigen Abwehr vgl. ausführlich H. Droste, WuW 54/507 ff.

2) BGH WRP 61/307 = GRUR 62/45 (Mit Anm. von D. Reimer).

3) vgl. Reimer, S. 869; Tetzner, S. 32; Seubert, BB 60/965 ff. (1966).

4) vgl. Droste, WuW 54/507 ff.; So verweist Droste zu Recht darauf, daß ein Angriff im Wettbewerbsrecht u. U. viel länger "gegenwärtig" ist, daß der Angegriffene aber auch viel länger Zeit zur Abwehr hat (S. 511).

5) S. 126 (Mit Hinweisen auf Rechtspr. daselbst).

6) ähnlich Nolting-Hauff (GRUR 31/342 ff. (345), der einen "juristischen Wirrwarr" befürchtet, weil sich in fast jedem Prozeß eine Partei mit einem Recht auf Abwehr berufen könne.

Diese Forderung ist sicherlich insofern berechtigt, als dem betroffenen Gewerbetreibenden etwa durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung so schnell ein Rechtsschutz zuteil werden kann, daß es für die Vornahme des Abwehrvergleichs an der "Notwendigkeit" fehlen wird. Notwendig wäre dieser Vergleich somit nur dann, wenn selbst gerichtliche Hilfe zu spät kommen würde ¹⁾ oder der Schaden nicht in gleichem Maße wie durch einen Vergleich abgewendet werden könnte ²⁾ oder die Gegenwerbung des Betroffenen viel wirksamer wäre als eine einstweilige Verfügung oder ein Urteil ³⁾. D. Reimer beachtet indessen nicht, daß bei strenger Durchführung seiner Ansicht für den Abwehrvergleich praktisch kein Raum mehr bleiben würde ⁴⁾.

b. Der Auskunftsvergleich

Der Auskunftsvergleich ist ein Vergleich, der auf Verlangen eines Kunden vorgenommen wird. Er ist erlaubt, wenn der Kunde ausdrücklich darum bittet, über Vorzüge und Nachteile der Leistungen der Konkurrenz unterrichtet zu werden ⁵⁾. Voraussetzung dafür ist, daß die Initiative für die Anfrage vom Kunden ausgeht, das Auskunftsverlangen darf nicht vom Wettbewerber provoziert werden ⁶⁾. Sodann muß sich der Vergleich in angemessenen Grenzen halten und sich auf das unbedingt Erforderliche beschränken ⁷⁾. Der Konkurrent darf nicht unnötig herabgesetzt werden; bei der Auskunftserteilung ist also Wahrheit, Sachlichkeit und Zurückhaltung geboten ⁸⁾.

Bei näherer Betrachtung dieser Rechtslage fällt auf, daß man das grundsätzliche Verbot der vergleichenden Werbung mit dem Hinweis darauf begründet, niemand dürfe Richter in eigener Sache sein, weil niemals wahr und sachlich berichtet werden könne; andererseits soll jedoch ein Werbungstreibender in der Lage sein die Wahrheit zu sagen, wenn er vom Kunden zur Vornahme eines Vergleichs aufgefordert wird ⁹⁾. Dies ist ein Widerspruch, auf den später noch einzugehen

1) vgl. Reimer, S. 870; zust. auch v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 33; Joetze, S. 148; D. Reimer, S. 130.

2) Reimer aaO.

3) D. Reimer aaO; Joetze aaO.

4) Beutel (Diss. jur.), S. 90, meint, der Abwehreinwand sei regelmäßig nicht mehr als eine Ausflucht.

5) vgl. RG GRUR 36/813 (Holzimprägnierungsmittel).

6) RG GRUR 40/308 (Dextropur).

7) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 50.

8) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 50.

9) beachte in diesem Zusammenhang den zutreffenden Hinweis von Völp (WRP 61/135 ff. (137)), daß nach geltendem Recht der Auskunftsvergleich jeder öffentlichen Kontrolle entzogen sei, das Gebot von Wahrheit und Sachlichkeit viel leichter übertreten werden könne!

sein wird. Jedenfalls müßte vom Boden der herrschenden Auffassung aus die auf Verlangen des Kunden vorgenommene Vergleichung ihren Unwertcharakter behalten, "denn die Unsittlichkeit (des Vergleichs) wird nicht dadurch beseitigt, daß von dritter Seite dazu Veranlassung gegeben wird" ¹⁾.

c. Der Fortschrittsvergleich ²⁾

aa. Beispiel: ("Pfiffikus-Dose") ³⁾

Die Parteien sind Konkurrenten bei der Herstellung von Klebstoffen. Die Klägerin vertreibt zu ihrer Klebstoffdose einen Sparring zum Abstreifen und Auflegen des Pinsels. Die Beklagte verwendet Dosen mit der Bezeichnung "Pfiffikus-Dosen", wobei der Abstreifsteg in die Dose selbst eingesetzt ist. Sie weist auf die Vorteile dieser Dose mit der Werbung hin, "zur Pfiffikus-Dose brauchen Sie keine weiteren Zubehörteile".

Der BGH hat diese Werbung zugelassen. Es sei schon fraglich, ob hier überhaupt eine Bezugnahme vorliege. Selbst wenn dies aber der Fall sei, so könne die Beklagte die Vorzüge ihrer Erzeugnisse nicht anders als durch einen Hinweis auf das Konkurrenzprodukt nachweisen.

bb. Die Rechtsprechung hat die Zulässigkeit eines Vergleichs bejaht, der zur Verdeutlichung eines Fortschritts auf technischem Gebiet notwendig ist und sich in den Grenzen des unbedingt Notwendigen hält ⁴⁾. Nur ein technischer Fortschritt soll demnach zum Vergleich berechtigen ⁵⁾, und es muß eine Notwendigkeit zur Vornahme des Vergleichs bestehen. Diese ergibt sich nach Prüfung der Gegebenheiten des Wettbewerbs, wobei die Interessen der

¹⁾ so Feldmann im Anschluß an den Vortrag von Spengler in DW 60/75 ff. (82).

²⁾ als weitere Bezeichnungen wurden vorgeschlagen "Neuheitsvergleich" (Seubert, BB 60/965 ff. (967), "Neuerungsvergleich" (Rinck, BB 62 105 ff. (106), "Erweiterter Systemvergleich" (Wenzel, NJW 62/81 ff. (82).

³⁾ BGH GRUR 61/85 (m. Anm. v. Heydt) = WRP 61/43.

⁴⁾ kritisch hierzu v. Godin-Hoth (§ 1 Anm. 32). Danach bedürfe es zur Verdeutlichung von Fortentwicklung in Technik und Wirtschaft keines Vergleichs in der Werbung, da der beeinträchtigte Konkurrent nur zu einer Gegenaktion gezwungen würde, die als Abwehrhandlung zuzulassen wäre; v. Godin-Hoth übersieht jedoch, daß Abwehr nur gegen einen "rechtswidrigen" Angriff möglich ist!

⁵⁾ vgl. BGH GRUR 61/85 ff. (90) = Pfiffikusdose.

Beteiligten, also sowohl des Werbungstreibenden und seines Konkurrenten wie auch des Publikums zu berücksichtigen sind ¹⁾. Es entspricht zweifellos einem werbemäßigen Bedürfnis, wenn der Vergleich zur Verdeutlichung eines Fortschritts als Ausnahmefall vom Verbot der vergleichenden Werbung zugelassen wird ²⁾.

Dennoch begegnet seine Handhabung in der Praxis einigen Schwierigkeiten. Insbesondere erweist es sich als fragwürdig, daß ein technischer Fortschritt eine Bezugnahme rechtfertigt, ein wirtschaftlicher dagegen nicht ³⁾. Diese Unterscheidung ist nicht gerechtfertigt: Ein wirtschaftlicher Fortschritt, wie ihn bereits die Verbilligung einer Ware, aber auch deren Qualitätsverbesserung darstellt, muß ebenfalls werbemäßig im Wege des vergleichenden Hinweises herausgestellt werden können ⁴⁾. Wenn Baumbach-Hefermehl bereits einen "bedeutsamen Unterschied" genügen lassen will ⁵⁾, so ist diesem Vorschlag durchaus zuzustimmen. Auf der Grundlage des nach wie vor von Baumbach-Hefermehl vertretenen grundsätzlichen Verbots vergleichender Werbung ist eine solche Forderung jedoch nicht berechtigt. Ein Ausnahmefall, der den Grundsatz derart weitgehend durchbricht, sollte dann besser zur Regel gemacht werden.

1) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 53.

2) vgl. auch die Entscheidungen BGH GRUR 52/416 (Dauerdose); GRUR 58/343 (Bohnergerät) sowie RG GRUR 40/301 (Coramin) und RG GRUR 44/154 (Kalkpräparat).

3) zust. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 51.

4) so Baumbach-Hefermehl aaO; Völz, BB 61/113 (in Anmerkung zu BGH BB 61/113 = Pfiffikusdose) und WRP 62/25 (26) (in Anmerkung zum Urteil des OLG Bremen WRP 62/44); Markert, NJW 63/1525 ff. (1526); Schwamberger setzt die Erstreckung des Fortschrittsvergleich auf einen wirtschaftlichen Fortschritt stillschweigend voraus (NJW 61/1185 ff. (1188)).

5) vgl. aaO;

nach BGH GRUR 61/85 ff. (91) (= Pfiffikusdose) bracht der Fortschritt jedenfalls nicht erheblich zu sein;

Wenzel weist richtig darauf hin, daß sich der Begriff "Fortschritt" nicht nach patent- oder musterrechtlichen Gesichtspunkten bestimmt.

4. Weitere, von Rechtsprechung und Schrifttum vorgeschlagene Ausnahmen:

Während die bisher genannten Ausnahmefälle in ihrem Bestand in Rechtsprechung und Schrifttum feststehen, werden vereinzelt noch weitere Ausnahmen vorgeschlagen. Rinck ¹⁾, der das Verbot der vergleichenden Werbung befürwortet, will durch einen "Vergleich mit exakten Daten als Maßnahme zur Markttransparenz" eine Lockerung erreichen. Die Markttransparenz sei Voraussetzung des Wettbewerbs, an ihr bestehe ein öffentliches Interesse, das die Auslegung von § 1 UWG beeinflussen müsse. Da der Wettbewerb nur bei Durchsichtigkeit des Markts funktioniere, rechtfertige jede die Markttransparenz fördernde Maßnahme eine Ausnahme vom grundsätzlichen Vergleichsverbot. Voraussetzung sei natürlich, daß in wahrer und sachlicher Form durch Gegenüberstellung exakter Daten geworben werde ²⁾.

So begrüßenswert es ist, daß Rinck das Stichwort "Markttransparenz" in die Auseinandersetzung um die vergleichende Werbung geworfen hat, so unbefriedigend ist es, wenn Rinck diese Art der Werbung nur als weiteren Ausnahmefall zulassen will ³⁾. Daß die Werbung nur mit exakten Daten, also nur bei Wahrheit und Sachlichkeit, zulässig sein soll, stellt keine Besonderheit dar, denn jede lautere Werbung muß diese Voraussetzungen erfüllen. Rinck gibt aber selbst zu, daß eine wahre und sachliche Vergleichswerbung automatisch der Markttransparenz diene ⁴⁾. Rinck sollte daher noch einen Schritt weitergehen und seinen Ausnahmefall zum Grundsatz erheben, der etwa so lauten könnte: "Wahre und sachliche vergleichende Werbung dient der Markttransparenz und ist daher grundsätzlich nicht unlauter"!

Einen weiteren Ausnahmefall erwägt Beutel ⁵⁾, der "unbestreitbar richtige Alleinstellungsbehauptungen" zulassen will, auch wenn sie einen Vergleich ent-

1) BB 62/105 ff. (106).

2) so Rinck, BB 62/105;

über die Bedeutung der Markttransparenz vgl. in diesem Zusammenhang Döll, BB 60/1105 ff.; Völz, WRP 60/197 ff.; Koenigs, NJW 61/1041 ff., vgl. auch unten S. 50.

3) Antoni (BB 62/1171) hält dies für systematisch verfehlt, weil mit der wahren und sachlichen Vergleichswerbung schon der Tatbestand des § 1 UWG nicht erfüllt sei, so daß es also keines solchen Rechtfertigungsgrundes bedürfe (vgl. insb. S. 1173).

4) BB 62/105 ff. (106).

5) Diss. jur., S. 71, wohl im Anschluß an Simon, WuW 56/54; vgl. dazu auch Frey, WRP 62/65 ff. (71).

halten. Eine nähere Begründung gibt Beutel nicht. Es erscheint indessen als verfehlt, die Alleinstellungswerbung in die Fälle der Ausnahmen vom Verbot der vergleichenden Werbung einzureihen. Die bisher unbestrittenen Ausnahmen enthalten, wie bereits oben erwähnt, ein rechtfertigendes Element, das jedoch bei dem von Beutel vorgeschlagenen Ausnahmefall fehlt ¹⁾.

Eine vom BGH erörterte Ausnahme ist ein "Vergleich in Wahrnehmung berechtigter Interessen" ²⁾. Der BGH hat diesen Fall allerdings derart am Rande erwähnt, daß es fraglich erscheint, ob er damit überhaupt eine neue Ausnahme zulassen wollte ³⁾.

D. Reimer ⁴⁾ hält schließlich weitere Ausnahmen zur Aufklärung des Publikums zwar für möglich, aber nicht für wahrscheinlich.

7. KAPITEL

DER SYSTEMVERGLEICH

Ein System ist eine "technische oder wirtschaftliche Möglichkeit" ⁵⁾, "die Ordnung eines bestimmten Vorgangs" ⁶⁾. Der Systemvergleich ist daher "die Gegenüberstellung verschiedener Wirtschaftssysteme, verschiedener Warengattungen oder verschiedener technischer (erg. wirtschaftlicher) Möglichkeiten, die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs bestehen, unter Erörterung der Vor- und Nachteile" ⁷⁾. Er zählt zur vergleichenden Werbung in weitesten Sinn. Der grundsätzliche Unterschied zur eigentlichen kritisierenden vergleichenden Werbung besteht darin, daß das Merkmal der Bezugnahme auf einen oder

-
- 1) Frey (aaO) meint, das Interesse des Verkehrs, über geschäftliche Verhältnisse wenigstens in groben Umrissen unterrichtet zu werden, reiche für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes nicht aus.
 - 2) so jedenfalls nach Meinung von Schwamberger (BB 61 1222 f.) in BGH WRP 61/307 f. = GRUR 62/45.
 - 3) Bussmann (GRUR 63/187 ff. (188)) meint, der BGH wolle sich mit dieser Formulierung die Erweiterung auf weitere Ausnahmefälle offen halten; zust. Wenzel, NJW 62/81 ff. (84), Fußnote 31.
 - 4) S. 145.
 - 5) v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 31.
 - 6) Seubert, BB 60/965 ff. (967).
 - 7) D. Reimer, S. 70.

mehrere erkennbar bestimmte Konkurrenten fehlt¹⁾. Der Systemvergleich ist damit auch nicht etwa als erlaubter Ausnahmefall von der verbotenen vergleichenden Werbung anzusehen²⁾. Seine Zulässigkeit ist in der Rechtsprechung und überwiegend auch im Schrifttum unbestritten, da bei ihm alle die Merkmale, die die vergleichende Werbung i.e.S. als unlauter stempeln, fehlen.

Nicht frei von Widersprüchen ist die Rechtsprechung dagegen, wenn es um die Feststellung geht, ob ein System einem anderen gegenübergestellt wird, oder ob etwa Waren oder Leistungen miteinander verglichen werden. Der Unterschied zwischen (erlaubtem) Systemvergleich und (unzulässigem) Warenvergleich ist mitunter derart verwischt worden, daß es "ein Spiel mit Worten" ist, ob es sich um das eine oder andere handelt³⁾.

Die Zulässigkeit des sog. "eigentlichen" Systemvergleichs folgt aus dem Recht der freien Meinungsäußerung⁴⁾ und dem öffentlichen Interesse an der Fortentwicklung von Technik und Wirtschaft. Bei dem "eigentlichen" Systemvergleich werden technische und wirtschaftliche Möglichkeiten⁵⁾, Arbeitsweisen und technische Verfahren, aber auch Waren gattungen ohne Erwähnung bestimmter Waren einander gegenübergestellt. Der Vergleich muß sich jedes persönlichen Angriffs enthalten, er muß wahr sein und sich auf die unbedingt notwendige, sachliche Erörterung der Vor- und Nachteile beschränken⁶⁾. Eine Bezugnahme

1) vgl. BGH GRUR 52/416 (Dauerdose); BGH GRUR 58/485 (Odol) mit Anm. von K. Droste-Schönherr-Bussmann, S. 18; Ingelmann, WRP 60/178; nach OLG München, WRP 58/148 (Stapelkarren) stehe die durch den kleinen Kreis einzelner Betroffener vorhandene Erkennbarkeit der Zulässigkeit des Systemvergleichs ausnahmsweise nicht entgegen, weil das schutzwürdige Interesse an der Veranschaulichung überwiege.

2) für Ausnahmefall: D. Reimer aaO; H. Droste, WuW 54/507 ff. (519, Fußn. 55), und WRP 55/132 (= Anm. z. Urteil des OLG Kassel WRP 55/131 (Olivetti); Brandt, MA 54/741 ff. (752); dagegen mit Recht; Weizel, NJW 62/81; Seubert, BB 60/965 ff. (966).

3) Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 40.

4) vgl. RG GRUR 35/55 (Abdampfstrahlpumpen) RGZ 115/18 (Zugabe); RG GRUR 38/443 (Rippkette); vgl. auch D. Reimer, S. 71 und Baumbach-Hefermehl aaO.

5) die wirtschaftliche Möglichkeit laßt D. Reimer in seiner Definition (S. 70) außer Acht.

6) vgl. Baumbach-Hefermehl aaO; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 31; Reimer, S. 66; vgl. auch das gute Beispiel OLG Nürnberg WRP 60/129 (Vergleich zwischen ortsansässigem und fliegendem Handel).

auf bestimmte Konkurrenten darf grundsätzlich nicht erkennbar sein¹⁾.
 Folgende Beispiele für einen echten Systemvergleich mögen dies verdeutlichen:

- a. Vergleich des Konsumsystems mit dem Einzelhandelssystem²⁾.
 (Werbespruch: "Der Zusammenschluß der Verbraucher bietet Schutz vor Übervorteilung und Willkür").
- b. Vergleich zwischen Barverkaufs- sowie Abzahlungs- bzw. Kredit-system³⁾.
- c. Vergleich zwischen Genossenschaftswesen und Einzelhandel⁴⁾.
- d. Vergleich zwischen flüssigen Mitteln und Pastillen zur Desinfektion⁵⁾.
- e. Vergleich zwischen Naturheilverfahren und chemisch-pharmazeutischen Mitteln⁶⁾.
- f. Vergleich zwischen natürlichen und synthetischen Mitteln zum Stärken von Wäsche⁷⁾.

Auch der Vergleich zwischen Warenarten wird noch zum echten Systemvergleich gezählt, obwohl hier bereits die Grenze zum unzulässigen Warenvergleich überschritten sein kann, weil die Erwähnung einer bestimmten Ware besonders nahe liegt. Als Beispiel für einen Vergleich zwischen Warenarten mit etwa dem verglichen zwischen einem Holzleiststift und einem Spastift⁸⁾.

Selbst das letzte Beispiel zeigt indessen auch, daß nicht jede geringfügige technische Neuerung eine Systemverschiedenheit begründen dürfte⁹⁾. Es würde sich sonst unter dem Gesichtspunkt des Systemvergleichs jede beliebige Ware mit einer anderen vergleichen mit der Behauptung, das Herstellungssystem sei besser¹⁰⁾.

1) RG GRUR 38/443 (Rippkett); BGH GRUR 52/416 (Dauerdose); BGH GRUR 58/485 (Odol).

2) RG MuW 30/114; die Werbebehauptung wurde zugelassen, weil kein Verständiger sie so auffasse, als würden Einzelhändler übervorteilen; vgl. auch RG MuW 32/448 (Edeka).

3) RG MuW 32/14.

4) BGH GRUR 53/37.

5) BGH GRUR 58/485 (Odol) = WRP 58/237 = NJW 58/1235.

6) vgl. bei Bussmann, WRP 56/121 ff. (123).

7) BGH GRUR 63/371 (Waschestärke) mit Anm. von Krieger = WRP 63/129 = NJW 63/536.

8) RG GRUR 34/748.

9) so zu Recht Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 42.

10) Baumbach-Hefermehl aaO.

Mit der Einführung des sog. "uneigentlichen" Systemvergleichs ¹⁾ hat das Reichsgericht die Grenze zwischen erlaubtem Systemvergleich und verbotener vergleichender Werbung verwischt. Der uneigentliche Systemvergleich sollte der Verdeutlichung eines technischen Fortschritts dienen, mußte sich jeder erkennbaren Bezugnahme enthalten und sich in den Grenzen wahrer und sachlicher Erörterung bewegen ²⁾. Abgesehen von den Merkmalen "Notwendigkeit" und "erkennbarer Bezugnahme" deckte sich also der uneigentliche Systemvergleich mit dem oben (S. 23) erwähnten Fortschrittsvergleich. Hierzu das folgende Beispiel: ³⁾

Die Klägerin vertritt in Lizenz die Interessen einer kanadischen Firma, die sich mit der Herstellung von Lagerungen für Fahrzeugmotore beschäftigt. Das geschützte Zeichen für diese Erzeugnisse ist "Floating Power". Die Beklagte vertreibt Gummilagerungen für Fahrzeugmotore unter dem Namen "Pendelastatic". Auf einer Ausstellung in Berlin wirbt die Beklagte für ihre Erzeugnisse unter der Überschrift: "Pendelastatic, die schwingungstechnisch einwandfreie Gummilagerung für Fahrzeugmotore". Das Reichsgericht hat die Klage abgewiesen, weil es sich um einen zur Fortschrittsverdeutlichung zulässigen uneigentlichen Systemvergleich handle, der sachlich durchgeführt sei und keine erkennbare Bezugnahme enthalte.

Schließlich ging die Rechtsprechung noch weiter und ließ auch beim uneigentlichen Systemvergleich die Bezugnahme auf das Erzeugnis des Konkurrenten zu, wenn dieser vom Verkehr ohnehin als betroffen erkannt wurde. Praktisch ließ sich damit eine Unterscheidung zwischen erlaubtem Systemvergleich und verbotenem Warenvergleich nicht mehr treffen. Folgendes Beispiel soll das verdeutlichen ⁴⁾:

Die Klägerin und die Firma F. stehen miteinander im Wettbewerb auf dem Gebiet von Rauchgasabzügen bei Lokomotivschuppen. Die Abzüge der Klägerin bestehen aus Asbest mit dem Zusatzmittel "Toschi"; die Beklagte verwendet zu deren Herstellung Asbest mit dem Zusatz "Eternit". Der Generalvertreter der Beklagten wies bei Verhandlungen mit der Reichsbahn unter Vorlage von Mustern auf die Vorzüge hin, die die "Eternit"-

-
- 1) vgl. den Leitsatz zu RG GRUR 37/941 (Pendelastatic/Floating Power); der Ausdruck wurde vom BGH übernommen; vgl. BGH GRUR 52/416 (Dauerdose) = NJW 52/223.
 - 2) Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 40; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 31.
 - 3) RG GRUR 37/941 (Pendelastatic/Floating Power).
 - 4) RGZ 156/1 (Toschi/Eternit).

Abzüge gegenüber den "Toschi"-Abzügen ausgezeichneten. Beide Parteien wurden daraufhin mit dem zu vergebenden Auftrag bedacht, die Beklagte erhielt jedoch den größeren Anteil.

Das Reichsgericht wies die Klage ab. Die Erwähnung der Ware eines Wettbewerbs mache den Systemvergleich nicht unter allen Umständen zu einer vergleichenden Werbung. An der Beurteilung eines Verhaltens unter dem Gesichtspunkt des Systemvergleichs ändere sich auch dann nichts, wenn allen in Betracht kommenden Beteiligten zweifelsfrei bekannt sei, daß der namhaft gemachte Wettbewerber Waren dieser Art herstelle und daß er demgemäß von dem Systemvergleich betroffen werde.

Hier müßte sich die Rechtsprechung also im Interesse der Rechtssicherheit um klarere Abgrenzungskriterien bemühen, wenn sie schon am grundsätzlichen Verbot vergleichender Werbung sowie der Zulässigkeit des Systemvergleichs festhalten will. Der echte Systemvergleich müßte nur dem Vergleich von Systemen vorbehalten bleiben. Er müßte sich jeder Bezugnahme enthalten, zumindest müßte das System so umfassend sein, "daß kein beachtlicher Teil der Verkehrskreise an bestimmte Mitbewerber denkt" ¹⁾. Auch beim uneigentlichen Systemvergleich muß ein System Vergleichsobjekt sein, selbst wenn die Werbung an Hand eines bestimmten Erzeugnisses durchgeführt wird. Ein bestimmter Konkurrent darf nicht in Bezug genommen werden, es könnte allenfalls hingenommen werden, daß der Verkehr diesen infolge der besonderen wettbewerbliehen Situation als betroffen erkennt. Der BGH äußert sich dazu wie folgt ²⁾:

"Ein Systemvergleich kann nicht nur bei der abstrakten Gegenüberstellung von zwei Systemen ohne Werbung für eine bestimmte Ware gegeben sein, sondern auch dann, wenn die besondere technische Ausgestaltung und Arbeitsweise eines bestimmten Erzeugnisses mit den technischen Möglichkeiten anderer Warengattungen ohne Bezugnahme ... verglichen wird".

Mit einigem Recht kann man nach allem aber auch feststellen, daß die Unterscheidung zwischen eigentlichem und uneigentlichem Systemvergleich im Grunde entbehrlich ist ³⁾, vorausgesetzt nur, daß jede Bezugnahme auf einen bestimmten Konkurrenten vermieden wird.

1) Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 45.

2) BGH GRUR 52/416 (Dauerdose) = NJW 52/223.

3) vgl. D. Reimer, S. 73.

2. T E I L

NEUE GESICHTSPUNKTE ZUR RECHTLICHEN BEHANDLUNG DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. KAPITEL

VERGLEICHENDE WERBUNG ALS GEWOHNHEITSRECHT

1. Geschichtlicher Rückblick:

Das Problem der Zulässigkeit eines Vergleichs in der Werbung durch die Erwähnung von Waren oder Leistungen eines bestimmten Konkurrenten ist nicht neu. Bereits im Mittelalter hatten die Zünfte Veranlassung, durch Zunftordnungen dagegen einzuschreiten, daß der Mitbewerber nicht durch "kleine Seitenhiebe" ausgeschaltet oder jedenfalls geschädigt wurde ¹⁾. So bestimmte die Breslauer Kaufleutezunftordnung von 1360, daß "kein Bruder die Waren eines andern krenkin adir schendin darf" ²⁾. Die Lübecker Krämerrolle von 1573 enthielt das Verbot, über Waren eines anderen Bruders Übles zu reden ³⁾. Die Ordnung der Lübecker Gewandschneidergesellschaft untersagte ihren Gesellen, die eigenen Stoffe zu loben, daß dadurch die eines andern "gelästert" würden. Damals hatte man also schon das Gefühl, daß die eigene Ware nicht auf Kosten der anderen in unanständiger Weise herausgestrichen werden dürfe. Das Loben des eigenen Erzeugnisses durfte nicht mit der Herabsetzung des fremden verbunden werden ⁴⁾.

Die Entwicklung von Technik und Naturwissenschaft rückte mit der Forderung nach freiem Wettbewerb auch die Werbung in den Vordergrund. Sinn des freien Wettbewerbs war die Durchsetzung der besten Leistung auf dem Markt und damit die bestmögliche Versorgung der Verbraucher. Beide Ziele konnten nur dadurch erreicht werden, daß der Verbraucher die Möglichkeit bekam, die Vielzahl der am Markt vorhandenen Angebote zu überprüfen und das beste davon auszuwählen. Die Werbung erwies sich dabei als das beste Mittel, dem Verbrau-

1) nach Bussmann, ZAKDR 35/841; vgl. auch Tetzner, S. 11.

2) nach Bussmann aaO.

3) nach Bussmann aaO.

4) Die genannten Fälle würden heute wohl der persönlichen und der vergleichenden Werbung zugeordnet.

cher die notwendige Kenntnis von der Marktlage zu verschaffen.

Mit der Verschärfung des Wettbewerbs ließen sich auch Auswüchse auf dem Gebiet der Werbung nicht vermeiden. Da mit der Werbung die Verbindung zwischen Angebots- und Nachfrageseite hergestellt wurde, wuchs die Versuchung, dieses Medium zu mißbrauchen. Die Forderung nach Schutz gegen Mißbrauch des Wettbewerbs wurde immer dringender, und dies zu einer Zeit, als die französische Rechtsprechung - seit Einführung der Gewerbefreiheit durch die Revolution - längst Schutz gegen "concurrency déloyale" gewahrte ¹⁾. Rechtsgrundlage ist in Frankreich Artikel 1382 Code Civil, der wie folgt lautet:

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

Die Anregung zu einem Gesetz, das gegen unlauteren Wettbewerb schützt, ging von den beteiligten Kreisen, den Geschäftsleuten sowie von den Handelskammern, aus ²⁾. Vertreter der Industrie bildeten 1891 einen "Verein für den Schutz gewerblichen Eigentums", der dem unlauteren Wettbewerb entgegentreten sollte. Im Jahre 1892 forderte die Handelskammer Frankfurt ein Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ³⁾. Im Anschluß an das "Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen" vom 12.5.1894 ⁴⁾ wurde schließlich am 21.5.1896 das "Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs" ⁵⁾ erlassen. Es unterschied sich von der heutigen Fassung des UWG im wesentlichen nur in einem Punkt: Es fehlte die jetzt vorhandene Generalklausel.

Obwohl dieses Gesetz den Grundsätzen von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr in vermehrtem Maße Geltung verschaffen konnte, litt es vor allem an seiner allzu kasuistischen Fassung. Vielfachem Drängen folgend arbeitete die Reichsregierung den vorläufigen Entwurf eines Abänderungsgesetzes aus. Eine Sachverständigenkommission verfaßte schließlich den Text des neuen Gesetzes, das am 7.6.1909 unterzeichnet wurde und am 1.01.1909 an Stelle des alten Gesetzes in Kraft trat ⁶⁾.

Unter Anlehnung an das französische und das schweizerische Vorbild (Artikel 50 Obligationenrecht) stellte man dem neuen Gesetz einen allgemeinen Grundsatz in Form einer Generalklausel voran. Im übrigen wurde das Gesetz von 1896 nur in einzelnen Punkten weiter ausgebaut ⁷⁾.

1) vgl. Lobe, S. 22, auch Finger, S. 13.

2) vgl. Lobe, S. 27.

3) vgl. Lobe aaO, Fußnote 17.

4) RGBl. 1894, S. 441.

5) RGBl. 1896, S. 145.

6) RGBl. 1909, S. 499.

7) vgl. über die Neuerungen im einzelnen Rosenthal, Einleitung, S. XVIII.

2. Die rechtliche Behandlung der vergleichenden Werbung durch Reichsgericht und Schrifttum bis 1945.

Das Problem der vergleichenden Werbung tauchte erstmals im Jahre 1917 auf, und zwar wurde es von Joseph Kohler ¹⁾ und Adolf Lobe ²⁾ in zwei kurzen Aufsätzen umrissen. Kohler prägte das Schlagwort, daß derjenige, der die Abwägung seiner Ware mit einer fremden selbst vornehme, als "Richter in eigener Sache" unlauter handle, denn niemand könne in eigener Sache unbefangen urteilen. Auch Lobe beschäftigte sich mit dem Vergleich in der Werbung. Er unterschied zwischen zwei Formen des unlauteren Wettbewerbs, der Irreführung und der Benutzung der gewerblichen Arbeitsleistung des Konkurrenten zur Förderung des eigenen Wettbewerbs. Letzteres drückte er volkstümlich aus: "Man darf beim Wettbewerb nicht mit fremdem Kalbe pflügen" ³⁾. Beide Schlagworte wurden später immer wieder zur Begründung der Unlauterkeit der vergleichenden Werbung benutzt.

In der Rechtsprechung fanden die Ausführungen Kohlers und Lobes erst später Beachtung. Das Reichsgericht und mit ihm die Oberlandesgerichte hatten zunächst in ihren Entscheidungen regelmäßig die Ansicht vertreten, eine vergleichende Werbung, die wahr sei, könne nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Dies beweist ein Urteil aus dem Jahre 1912 (RG vom 26. 11. 1912 ⁴⁾):

Die Klägerin ist Herstellerin von Sunlight-Seife. Die Beklagten hatten Qualitäts- und Preisvergleiche mit anderen deutschen Seifen angestellt und behauptet, diese seien billiger und enthielten prozentual einen höheren Feinseifegehalt.

Dem Reichsgericht kam es nun allein darauf an, ob die Behauptungen hinsichtlich Qualität und Preisvorteil der Wahrheit entsprachen. Da dies der Fall war, wies es die Klage ab. Wörtlich führte es aus:

Es unterliegt keinem Bedenken, daß, wenn dasjenige, was der Artikel behauptet, wahr ist, die Klage unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt... (geprüft wurden Vorschriften des UWG sowie § 826 BGB) begründet ist.

Ein weiteres Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1927 (RG vom 11. 3. 1927 ⁵⁾, das zu Unrecht als ein Beleg für das erstmalige Verbot der vergleichenden Wer-

1) MuW 16/127 f.

2) MuW 16/129 ff.

3) Lobe aaO.

4) RG MuW 12/337 (Sunlight-Seife).

5) RGZ 116/277 (Bezirkskonsumverein).

bung angesehen wird ¹⁾, hatte folgenden Sachverhalt:

Der Beklagte, ein Bezirkskonsumverein, hatte in seinen Geschäftsräumen 24 Proben der gängigsten, bei ihm zum Verkauf ausliegenden Nahrungsmittel den Proben gleichartiger Waren dreier Einzelhandelsgeschäfte gegenübergestellt und mit einer Preisaufstellung und -vergleichen versehen.

Das Reichsgericht gab der Klage der Einzelhändler statt, allerdings nur deshalb, weil der Vergleich insofern zu Irreführungen Anlaß gegeben habe, weil die Waren zwar äußerlich gleich, jedoch von unterschiedlicher Qualität gewesen seien. Das Reichsgericht ließ jedoch durchblicken, daß es den Vergleich zugelassen hatte, wäre er nach objektiven Gesichtspunkten geführt worden. Immerhin machte sich die Entscheidung zum ersten Mal das Argument des "Richters in eigener Sache" zu eigen.

Ein Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahre 1931 (RG vom 21.4.1931 ²⁾ hatte sich zwar nicht in erster Linie mit einem Fall der vergleichenden Werbung zu befassen. Immerhin vertrat es aber in einem obiter dictum die Ansicht, daß, selbst wenn im konkreten Fall eine vergleichende Werbung vorgenommen worden sei, das Sittenwidrigkeitsurteil von der Wahrheit und Sachlichkeit des Vergleichs abhängen.

Wie lange das Reichsgericht an seiner Ansicht festhielt, zeigt ein weiteres Urteil aus dem Jahre 1931 (RG vom 30.6.1931 ³⁾):

Die Klägerin stellte den koffeinfreien Kaffee ~~hag~~ her, die Beklagte betrieb ein Versandgeschäft für normalen Kaffee (mit Koffein). In einem Flugblatt warb die Beklagte mit der Behauptung, naturreiner Kaffee sei völlig unschädlich. Die Bezugnahme auf das Erzeugnis der Klägerin war dabei ganz offenbar.

Das Reichsgericht prüfte die Werbung unter dem Gesichtspunkt der §§ 1, 3, 14 UWG und wies die Klage ab. Eine Unlauterkeit nach § 1 UWG wäre nur dann gegeben, wenn "nach dem einheitlichen Urteil der Wissenschaft die Schädlichkeit des naturreinen Bohnenkaffees für den Organismus auch des gesunden Menschen feststünde. Da dies aber nicht der Fall sei, liege eine Verletzung von § 1 UWG nicht vor". Die wahre vergleichende Werbung der Beklagten wurde mithin für zulässig erklärt.

-
- 1) so etwa von Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 25, und vom Reichsgericht selbst in GRUR 31/1299 (1301) = Hellegold-Lindomalt; hiergegen mit Recht Völz, WRP 60/197 ff. (199).
 - 2) RGZ 132/296 (Versicherungen).
 - 3) RG MuW 31/521 (Kaffee Hag).

Mit dem Urteil vom 6. 10. 1931 ¹⁾ schwenkte das Reichsgericht dann erstmals auf den entgegengesetzten Standpunkt über. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin vertrieb ein Backmalzextrakt unter dem Namen Hellegold, die Beklagte das ihrige unter dem Namen Lindomalt. Die Beklagte betrieb Werbung durch vergleichende Angaben über die Bestandteile beider Extrakte, wobei die Menge der Bestandteile ihrer Ansicht nach für die Güte des Produkts von Bedeutung sein sollte.

Erstmalig sah nun das Reichsgericht diesen Vergleich ungeachtet seiner Wahrheit oder Unwahrheit als sittenwidrig an: Der Beklagte maße sich ein "Richteramt in eigener Sache" an und verlasse damit die Grenzen des lautereren Wettbewerbs. Selbst wenn die Bezugnahme auf die mindere Leistungsfähigkeit seines Konkurrenten wahr sei, brauche es sich dieser nicht gefallen zu lassen, "in fremden Anpreisungen als Mittel zur Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit" verwendet zu werden. Die Abwägung von Beschaffenheitsunterschieden müsse dem Verkehr überlassen bleiben.

Damit hatte das Reichsgericht einen weiteren Gesichtspunkt gefunden, mit dem die vergleichende Werbung auch heute noch für unzulässig erklärt wird, das sogenannte "Hellegold-Motiv"! Es wird in allen späteren Entscheidungen zur Begründung herangezogen.

Wie wenig sich die Rechtsprechung mit einem starren Verbot zufriedengab, zeigte sich alsbald daran, daß sie Ausnahmen in Erwägung zog.

Bereits in der ersten Entscheidung nach dem 6. 10. 1931 wurde die Möglichkeit der Zulassung eines Vergleichs zur Abwehr eines unlauteren werbemäßigen Angriffs erörtert ²⁾. Kurze Zeit später wurde der Vergleich auf Veranlassung eines Kunden ³⁾ und schließlich der Vergleich zur Verdeutlichung eines technischen Fortschritts ("Fortschrittsvergleich") ⁴⁾ zugelassen. Bis zum Jahre 1940 hatte das Reichsgericht somit ein Regel-Ausnahmesystem erarbeitet, nach dem sich die Rechtsprechung bis heute richtet.

Die Ergänzung dazu bildete der sog. Systemvergleich ⁵⁾, der den abstrakten Vergleich von Systemen ermöglichen sollte.

Allerdings entwertete das Reichsgericht die von ihm selbst aufgestellten Regeln für die Zulässigkeit systemvergleichender Werbung durch eine Reihe widersprüch-

1) RG GRUR 31/1299 (Hellegold-Lindomalt).

2) RG GRUR 33/249 (Paraffinkerzen), und nicht erst, wie Völp (WRP 60/197 ff. (201) meint, in RG GRUR 36/813 (Holzimprägnierungsmittel).

3) RG GRUR 36/813 (Holzimprägnierungsmittel);
vgl. auch 6. Kap. 3 b.

4) RG GRUR 40/301; vgl. auch 6. Kap. 3 c.

5) vgl. ausführlich 7. Kap..

licher Entscheidungen. Es ließ den Systemvergleich mit Gründen zu, die ursprünglich nur ausnahmsweise für den Fortschrittsvergleich gelten sollten; Das für die vergleichende Werbung und deren Ausnahmefälle maßgebende Merkmal der Bezugnahme auf erkennbar bestimmte Konkurrenten wurde in vielen Fällen nicht beanstandet, weil ein System verglichen werde und die Aufklärung über technische Neuerungen den Vorrang verdiene ¹⁾. Außerdem wurde auch der Begriff des "Systems" allzu stark ausgeweitet.

Aus dem Schrifttum dieser Zeit seien zwei Untersuchungen besonders hervorgehoben: Nolting-Hauff ²⁾ betrachtete die vergleichende Werbung unter dem Gesichtspunkt der §§ 3 und 14 UWG. Für ihn war maßgebend, ob die Wahrheit eines Werbevergleichs nachgewiesen werden kann oder nicht. § 1 UWG kam seiner Ansicht nach nur für den Fall der anlehrenden Werbung in Betracht. Eine weitere bedeutende Untersuchung über das Problem "vergleichender Werbung" stellte Nerreter an ³⁾. Er führte den heute noch geltenden Begriff "kritische (oder kritisierende) vergleichende Werbung" ein und stellte die Forderung auf, vergleichende Werbung dürfe nur dann zulässig sein, wenn sie "wahr, sachlich und anonym" bleibe ⁴⁾. Auch könne man sich nicht mit der Anwendung der §§ 3 und 14 UWG begnügen, da trotz Wahrheit und Sachlichkeit mit der Art der Bezugnahme auch gegen § 1 UWG verstoßen werden könne ⁵⁾.

3. Die Spruchpraxis des Werberats der deutschen Wirtschaft und anderer, zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs berufener Stellen.

Ganz allgemein mit Wettbewerbsfragen befaßte sich der durch das "Gesetz über die Wirtschaftswerbung" ⁶⁾ eingesetzte Werberat der deutschen Wirtschaft. Seine Aufgabe war es, im Interesse der Rechtssicherheit und der Erzielung wirk-

1) vgl. die im 7. Kap. angegebenen Entscheidungen.

2) GRUR 31/342 ff.

3) GRUR 33/8 ff.

4) kritisch hierzu Völz, WRP 60/197 ff. (203): Wettbewerb sei keine Privatsache, man müsse sich auch vom Konkurrenten wahre und sachliche Kritik gefallen lassen. Im Wettbewerbskampf habe man keinen Anspruch auf Anonymität.

5) vgl. auch noch die Untersuchungen von Daffis, GRUR 31/801 ff.; Elster, GRUR 37/334 ff.; Diess, GRUR 36/145 ff.; Schäfer, GRUR 37/194 ff. .

6) Gesetz vom 12.9.1933 (RGBl. I S. 625).

samer Werbung allgemeine Grundsätze in Form von positiv gehaltenen Richtlinien aufzustellen¹⁾. Auch der Werberat hielt in ständiger Praxis die vergleichende Werbung für grundsätzlich unlauter²⁾. Er wurde jedoch nach Kriegsende aufgelöst und seine Bekanntmachungen wurden außer Kraft gesetzt. In seinem Sinn arbeiten heute die "Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V." in Frankfurt sowie die Einigungsstellen der Industrie- und Handelskammern³⁾. Die Gutachten der "Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs" sind allerdings unverbindlich⁴⁾.

4. Die Entstehung des gewohnheitsrechtlichen Verbots vergleichender Werbung.

Die Frage, ob es einen gewohnheitsrechtlichen Satz gibt, wahre vergleichende Werbung sei grundsätzlich unzulässig, wird verschieden beantwortet⁵⁾. Sie kann nicht untersucht werden, ohne daß der Zeitraum betrachtet wird, während dessen dieser Satz Geltung gehabt haben könnte. Der Rückblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Ansichten im Schrifttum und die Meinung der beteiligten Verkehrskreise, wie sie in den Gutachten des "Werberats der deutschen Wirtschaft" und der Industrie- und Handelskammern bis 1945 zum Ausdruck kam, wurde soeben vorgenommen. Nach 1945 übernahmen Bundesgerichts-

-
- 1) vgl. dazu Bussmann, ZAKDR 35/841; Troeger, S. 5 ff. (7); über die Verbindlichkeit der Richtlinien vgl. Culemann, JW 36/901 ff. und JW 36/1639 ff.
 - 2) vgl. darüber Elster, GRUR 37/334 ff. (337) und das Gutachten des Werberats in WuW 35/79 ("Warum zahlen Sie noch Ladenpreise für Ihre Möbel?"), zit. aus Bussmann aaO.
 - 3) über weitere Institutionen zum Schutze des Wettbewerbsrechts vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung Anm. 20 - 32.
 - 4) Veröffentlichung der Gutachten erfolgt regelmäßig in "Der Wettbewerb" (Beilage zur Zeitschrift "WRP").
 - 5) Gewohnheitsrecht bejahen; Spengler, DW 60/75; Leo, WRP 60/293 ff. (296); Rinck, BB 62/105 ff. (106); Frey, WRP 62/65 ff. (71); dagegen sind: Völpl, WRP 61/135; Borck, WRP 61/70 ff. (71) + WRP 62/249 ff. (250); Antoni, BB 62/1171; v. Lesigang, WRP 62/283 ff. (290); K. Droste, NJW 64/818 f. (= Anm. z. Urteil des BGH) und WRP 64/65 ff. (71); Brinkmann bejaht die Entstehung, verneint aber die Fortgeltung des Gewohnheitsrechts (WRP 63/230 ff. (235)); die Rechtsprechung läßt die Frage offen und prüft jeweils den Einzelfall (vgl. OLG Köln, WRP 62/130 (132)).

hof und Oberlandesgerichte die reichsgerichtliche Rechtsprechung und hielten bis heute nahezu ausnahmslos daran fest. Im Schrifttum wurden die Ansichten jedoch zunehmend uneinheitlich. Es fehlt nicht an Stimmen, die sich für die grundsätzliche Zulässigkeit vergleichender Werbung einsetzen ¹⁾.

Auch die Ansichten der beteiligten Verkehrskreise sind unterschiedlich. Während die Werbungstreibenden noch überwiegend für eine Beibehaltung des Verbots plädieren ²⁾, setzt sich die Verbranchenschaft für die Zulassung des wahren Vergleichs ein. Die sich als Repräsentant des Konsumenten fühlende "Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e. V." ³⁾ erhofft sich davon eine Verbesserung der Marktübersicht.

Angesichts dieses sich andeutenden Umschwungs der Ansichten über die Frage der vergleichenden Werbung ist zunächst die Untersuchung erforderlich, ob das Verbot vergleichender Werbung gewohnheitsrechtlich begründet ist und ob dieses Gewohnheitsrecht auch heute noch Geltung beanspruchen kann. Ein bestehendes Gewohnheitsrecht würde jeden andersartigen Auslegungsversuch zu § 1 UWG von vornherein illusorisch machen und könnte nur durch ausdrückliche gesetzliche Regelung verdrängt werden.

1) vgl. Antoni, BB 62/1171 ff.; Brinkmann, WRP 63/230 ff. und Diss. jur. Göttingen 1963; Burhenne, NJW 51/249 ff.; K. Droste, DB 63/719 ff. und DB 64/503 ff.; Feldmann, BB 63/673 ff.; Hartmann, NJW 63/517 ff.; Koenigs, NJW 61/1041 ff.; v. Lesigang, WRP 62/283 ff.; Markert, NJW 63/1525 ff.; Rinck, BB 62/105 ff.; Schwamberger, NJW 61/1185 ff.; Schmid, Diss. jur. Zürich 1955; Völz, WRP 60/197 ff., WRP 61/135 ff., WRP 62/25 ff., BB 61/113 ff., GRUR 62/178 ff.; Winter, WuW 56/447 f. (= Buchbesprechung zu D. Reimer, Persönliche und vergleichende Werbung in der deutschen und französischen Rechtsprechung); Schönherr-Bussmann, S. 67 ff.;

in der Rechtsprechung haben sich für die grundsätzliche Zulässigkeit vergleichender Werbung entschieden: OLG Bremen vom 28. 9. 61, WRP 62/44 = NJW 62/304 (mit Anm. von Tetzner in JZ 62/275 ff. sowie Völz in WRP 62/25 ff.);

LG Tübingen vom 19. 10. 62, WRP 63/20;

Bundeskartellamt (Spruchabteilung) in WRP 63/195 sowie Bundeskartellamt (Einspruchsabteilung) in WRP 64/119.

2) vgl. den Vortrag von Greifelt, DW 62/1 ff.

3) Adresse: Bonn-Lengsdorf, Provinzial-Str. 89-93.

"Gewohnheitsrecht ist das ungesetzte, durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugte Recht" ¹⁾. Voraussetzung für seine Entstehung ist also ein "Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft oder ihrer Organe" ²⁾.

Es hat sich gezeigt, daß das Reichsgericht bis zur Hellegoldentscheidung im Jahre 1931 ³⁾ die wahre vergleichende Werbung zuließ. Für die grundsätzliche Unzulässigkeit entschied es sich erst mit dieser Entscheidung. Ausgangspunkt war für das Reichsgericht die Auslegung der Generalklausel des § 1 UWG. Fraglich ist es indessen, ob die in den folgenden Jahren ständig gleichbleibende Auslegung "eigenes Leben gewinnen" und als selbständige Rechtsquelle neben das Gesetzesrecht treten konnte ⁴⁾. Die Antwort darauf ist nicht unbestritten. Antoni ⁵⁾ bejaht zwar die Notwendigkeit einer Kasuistik, wie sie das Reichsgericht zur Auslegung des § 1 UWG gefunden hat. Dennoch könne seiner Ansicht nach die Kasuistik nicht zu Normqualität aufgewertet werden. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt K. Droste ⁶⁾. Droste hält die ständige Rechtsprechung als Richterrecht für ungeeignet, als Rechtsquelle neben das Gesetz zu treten.

Beide Autoren lehnen daher folgerichtig auch die Entstehung eines Gewohnheitsrechts ab. Sie übersehen dabei aber, daß die Rechtsprechung für sich allein wohl keine Rechtsquelle ist ⁷⁾, daß hingegen richterliche Entscheidungen zum Inhalt eines Gewohnheitsrechts werden können. Maßgebend ist immer der Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft und ihrer Organe, also auch der Gerichte. So kann man nicht an der Tatsache vorbeigehen, daß es während 14 Jahren Rechtsüberzeugung des Reichsgerichts war, die vergleichende Werbung sei unlauter. Diese Überzeugung manifestierte sich in einer ständigen Rechtsprechung, die, von wenigen Ausnahmen abgesehen ⁸⁾, auch im Schrifttum allgemeine Billigung fand. Die vorhandene Übereinstimmung des Gerichtsgebrauchs mit der

-
- 1) Enneccerus-Nipperdey, AT § 38 2a I (S. 261).
 - 2) Enneccerus-Nipperdey, AT § 39 I b (S. 264).
 - 3) RG GRUR 31/1299.
 - 4) Bejahend Enneccerus-Nipperdey, AT § 39 II c (S. 268).
 - 5) BB 62/1171.
 - 6) in WRP 64/65 ff. (71) und NJW 64/818 f. (= Anm. zum Urteil des BGH); a. A. Leo (WRP 60/293 ff. (296 f.) und Spengler (DW 60/75 ff. (78), der auf die ebenfalls durch Richterrecht eingebürgerten Rechtsinstitute der "positiven Vertragsverletzung" und der "culpa in contrahendo" verweist.
 - 7) anders aber in England!
 - 8) vgl. Nolting-Hauff, GRUR 31/342 ff.; Schäfer, GRUR 37/194 ff.

Ansicht der betroffenen Verkehrskreise erhellt aus der Spruchpraxis des "Werberats der deutschen Wirtschaft" und aus den Gutachten anderer, zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs berufener Stellen ¹⁾. Man kann demnach von einem über längere Zeit dauernden und von den beteiligten Verkehrskreisen gebilligten Gerichtsgebrauch sprechen, der für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ausreichend ist.

Borck und Völp ²⁾ bezweifeln, ob der Rechtsgeltungswille der Gemeinschaft, der Wille also, "eine bindende Regel zu verwirklichen", vorhanden gewesen sei. Für das Nichtbestehen eines solchen Willens spräche die Vielzahl der immer wieder erforderlichen Entscheidungen ³⁾.

Dem ist entgegenzuhalten, daß es auf die Zahl der Übertretungen nicht ankommen kann. Auch gegen die bereits angeführten, gewohnheitsrechtlich bestehenden Rechtsinstitute der "positiven Vertragsverletzung" sowie der "culpa in contrahendo" wird ständig verstoßen, und sie sind immer wieder Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen, ohne daß deswegen ihr Bestand in Frage gestellt sein könnte. Nicht der fehlende Rechtsgeltungswille ist es, der ständig Entscheidungen zur vergleichenden Werbung erforderlich macht, sondern die Unsicherheit der Werbungstreibenden, ob die Werbung in ihrem konkreten Fall dem Verbot oder einem seiner Ausnahmefälle unterfällt. Hier liegt also in Wahrheit nur ein Subsumtionsproblem vor.

v. Lesigang ⁴⁾ wendet gegen die Annahme eines bestehenden Rechtsgeltungswillens ein, die gefestigte Rechtsüberzeugung habe nur halb so lange gedauert, als es kalendermäßig den Anschein habe. Die herrschende Ansicht zur vergleichenden Werbung sei in einer Zeit wirtschaftlicher Depression entstanden, in der wegen Wirtschaftskrisen und Krieg ein dynamischer Wettbewerb unmöglich gewesen sei ⁵⁾.

Dem ist mit Enneccerus-Nipperdey entgegenzuhalten, daß es für die Dauer einer Übung nicht in erster Linie auf ein bestimmtes Zeitmaß ankommt ⁶⁾. Entscheidend ist demgegenüber, daß die Rechtsprechung trotz ungünstiger wirtschaftlicher Bedingungen gleich blieb und so bei den beteiligten Verkehrskrei-

-
- 1) so nach Ansicht von Leo (WRP 60/293 ff. (296) und Spengler, (DW 60/75 ff. (79)).
 - 2) Borck, WRP 61/70 ff. (71) und Völp, WRP 61/135; ähnlich Wenzel, NJW 62/81; Antoni, WRP 62/1171.
 - 3) a.A. Leo, WRP 60/293 ff. (296 f.). Leo meint, die Verstöße gegen das Verbot der vergleichenden Werbung seien selten und als "pathologische Fälle" anzusehen.
 - 4) WRP 62/283 ff. (290); ähnlich K. Droste, NJW 64/818 f. (= Anm. z. Urteil des BGH), und WRP 64/65 ff. (71).
 - 5) so auch Antoni, BB 62/1171.
 - 6) vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT § 39 II 3a, (S. 267).

sen das Vertrauen erzeugen konnte, auch künftige Fälle würden gleich entschieden.

5. Der Fortbestand des gewohnheitsrechtlichen Verbots unter der Geltung des Grundgesetzes

Die Prüfung der Vereinbarkeit des gewohnheitsrechtlichen Verbots der vergleichenden Werbung mit den Normen des Grundgesetzes erweist sich deswegen als unerläßlich, weil das private Recht nach den Leitvorstellungen des Grundgesetzes auszulegen ist ¹⁾.

Burhenne ²⁾ hat als erster bereits im Jahre 1951 darauf hingewiesen, daß sich die Rechtsanschauungen nach 1945 geändert hätten. Das Grundgesetz habe eine ganzlich neue Wertordnung geschaffen, wonach sich die Auslegung des Begriffs der "guten Sitten" in § 1 UWG richten müsse.

Daß der Begriff "gute Sitten" zu verschiedenen Zeiten verschieden interpretiert werden könne, daß also der Sittenbegriff wandelbar sei, hat bereits das Reichsgericht festgestellt ³⁾. Die Fortgeltung des oben festgestellten Gewohnheitsrechts hängt also davon ab, inwieweit es der "Gesamtheit der Wertvorstellungen" entspricht, "die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat" ⁴⁾.

Die in diese Richtung gehende Untersuchung Burhennes ⁵⁾ hinsichtlich der Vereinbarkeit des Verbots vergleichender Werbung mit dem Grundgesetz ist insofern berechtigt, als Gesetze aus der Zeit vor Inkrafttreten des Grundgesetzes gemäß Art. 123 Abs. 1 GG nur dann weitergelten, wenn sie mit der Grundrechtsordnung in Einklang stehen, und ein Gleiches auch für Gewohnheitsrecht gelten muß, das gleichberechtigt neben dem formellen Gesetz steht ⁶⁾.

1) vgl. K. Droste, WRP 64/65 ff. (71) und die weiteren Angaben daselbst.

2) NJW 51/249 ff.

3) RGZ 134/342 ff. (348) (= Benzinkampf); vgl. darüber auch Baumbach-Hefermehl, Einleitung, Anm. 74; Reimer, S. 502, Anm. 3; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 9.

4) BVerfG in BVerfGE 7/198 ff. (206) (= Lüth).

5) aaO.

6) so Hamann, Art. 123 Anm. B 1; vgl. auch Enneccerus-Nipperdey, AT § 40 IV 1 S. 271;

a. A. K. Droste (DB 63/719 ff. (724) und WRP 64/65 ff. (71): Gegen die Gleichstellung spreche die Sicherung des Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG sowie der ausdrückliche Gesetzesvorbehalt; Droste prüft dabei jedoch nur, ob ein Grundrecht durch nachkonstitutionelles Gewohnheitsrecht eingeschränkt werden kann.

Burhenne ¹⁾ ist der Ansicht, das grundsätzliche Verbot der vergleichenden Werbung verstoße gegen die Artikel 1, 2, 5, 11 und 18 GG, und er versucht dies, an Hand einzelner Fälle nachzuweisen. Die Unzulässigkeit der persönlichen und anlehnenenden Vergleichswerbung will Burhenne richtigerweise auch unter grundrechtlichen Gesichtspunkten nicht beanstanden, Abzulehnen ist dagegen seine Einteilung der vergleichenden Werbung i. e. S. in speziell-kritisierende und systemvergleichende Werbung. Die erste will er wegen des mit ihr verbundenen Eingriffs in das Rechtsgut des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nicht zulassen, letztere will er unter Berufung auf das aus Art. 5 GG folgende Recht der freien Meinungsäußerung gestatten. Burhenne trifft damit eine Feststellung, die nicht mehr neu ist, da schon das Reichsgericht mit dieser Begründung den Systemvergleich zuließ. Es wird außerdem bezüglich der vergleichenden Werbung i. e. S. noch zu zeigen sein, daß gerade wegen des Einflusses grundrechtlicher Normen mit ihr kein Eingriff in das durch § 82b Abs. 1 SGG geschützte Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verbunden ist.

Hauptansatzpunkte für die Überprüfung des Verhältnisses von Verfassung und verbotener Vergleichswerbung sind die Art. 2 und 5 GG. Art. 2 Abs. 1 GG schützt die freie Entfaltung der Persönlichkeit, gleichzeitig aber auch die wettbewerbsmäßige Ausformung dieser Entfaltung, die Wettbewerbsfreiheit ¹⁾. Diese findet ihre Begrenzung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG im Recht des "anderen", also hier des Konkurrenten, seinerseits ebenfalls Werbung zu betreiben und unberechtigte Angriffe abzuwehren, sowie im Sittengesetz und der verfassungsmaßigen Ordnung. Innerhalb dieser Schranken sind alle wettbewerbslichen Handlungen zulässig. Der hinter der Wettbewerbsfreiheit stehende Gedanke ist der Grundsatz des Leistungswettbewerbs, der, wie noch zu zeigen sein wird, nach Ansicht Nipperdeys in Art. 2 GG niedergelegt ist ²⁾, nach anderer Ansicht ³⁾ zwar nicht unmittelbar aus Art. 2 GG folgt, wohl aber aus der heute in der Bundesrepublik geltenden Wirtschaftsverfassung, die allerdings mit der grundgesetzlichen Ordnung in Einklang steht.

Prüft man von hier aus, ob der Werbevergleich grundsätzlich unserer geltenden Wirtschaftsordnung widerspricht, so ist das zu verneinen. Das Leistungsprinzip erfordert zu seiner Verwirklichung Wettbewerb und Werbung; es deckt damit auch diejenige Werbung, die sich in wahrer und sachlicher Weise mit dem Konkurrenzprodukt befaßt und mithin die durch Art. 2 Abs. 1 GG gezogenen Grenzen einhält.

Dem Art. 5 GG unterfällt die Werbung dann nicht, wenn sie sich auf reine Tatsachenbehauptungen beschränkt ⁴⁾. Wird aber, wie vielfach bei einer verglei-

1) vgl. Nipperdey, WuW 54/211 ff. (215 f.).

2) vgl. Nipperdey, WuW 54/211 ff.

3) vgl. Mangoldt-Klein, S. 174 und die weiteren Nachweise daselbst.

4) vgl. Eichmann, GRUR 64/57 ff. (61).

chenden Werbung, eine Tatsache einer anderen gegenübergestellt, so wird eine wertende Stellungnahme zum Konkurrenzprodukt abgegeben¹⁾ und es liegt eine Meinungsäußerung im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG vor²⁾.

Es wird nun geltend gemacht, daß das Recht der freien Meinungsäußerung bei Werbebehauptungen durch den Gesetzesvorbehalt des Art. 5 Abs. 2 GG eingeschränkt werden könne und daß man als "allgemeines Gesetz" in diesem Sinne die Bestimmungen des UWG ansehen müsse³⁾.

Diese Argumentation begegnet indessen rechtlichen Bedenken. Man kann ihr die überzeugende Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gegenüberstellen, das in zwei Entscheidungen betont hat, "zwischen dem Grundrecht und dem allgemeinen Gesetz bestehe eine Wechselwirkung" in dem Sinne, daß das allgemeine Gesetz zwar das Grundrecht einschränken könne, daß es selbst jedoch "aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat angelegt werden müsse" und so seinerseits wieder eine Einschränkung erfahre⁴⁾. Die Überprüfung des Verhältnisses zwischen verbotener vergleichender Werbung und Art. 5 GG erübrigt sich daher mit dem Hinweis auf die durch Art. 5 Abs. 2 GG gegebene Einschränkungsmöglichkeit keineswegs⁵⁾.

Art. 5 GG hindert grundsätzlich nicht daran, negative Werturteile zu fällen. Das Recht zur freien Meinungsäußerung muß erst dann zurücktreten, "wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden"⁶⁾. Für das Werberecht folgt daraus, daß eine Meinungsäußerung in Form von vergleichender Werbung so weit gehen darf, daß der Konkurrent beeinträchtigt wird, vorausgesetzt nur, daß ernsthafte Motive vorliegen. Vergleichende Werbung ist aber immer dann ernsthaft motiviert, wenn sie den Zielen des Leistungswettbewerbs entspricht, denn es ist grundsätzlich zulässig, "aus ernsthaften Motiven in der Öffentlichkeit den Absatz bestimmter Organisationsformen des Verkaufs zu bekämpfen, auch wenn

1) so Eichmann aaO Fußnote 52.

2) vgl. dazu den Hinweis von Fikentscher, S. 116, Anm. 250; a.A. BGH NJW 53/1802 ff. (1804) und BVerwG in "Die öffentliche Verwaltung" 54/346: Sinn der Werbung sei nicht die Äußerung einer bestimmten Ansicht, sondern Beeinflussung des Käufers.

3) so vor allem OLG Köln WRP 62/130 = GRUR 62/102; Volp, WRP 60/197 ff. (203).

4) BVerfG in BVerfGE 7/198 ff. (209) (= Luth) sowie BVerfG in NJW 61/819 ff. (820) mit Anm. von Schmidt-Leichner.

5) in diesem Sinne schon Spengler (DW 60/75 ff. (77)) und später überzeugend Brinkmann, WRP 63/230 ff. (237).

6) BVerfG in BVerfGE 7/198 ff. (210); vgl. auch Rinck, BB 61/613 ff. (614).

bei Erfolg solcher Meinungsäußerungen wirtschaftliche Unternehmen zum Erliegen kommen" ¹⁾.

Diese Überlegungen nötigen zu zwei Schlußfolgerungen:

1. Die kritische Bezugnahme auf den Konkurrenten zu Zwecken der Wettbewerbs- und Absatzförderung ist grundsätzlich durch Art. 5 GG gedeckt, sofern sie nur den Erfordernissen von Wahrheit und Sachlichkeit genügt.
2. Der das Gegenteil besagende gewohnheitsrechtliche Satz ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und daher gemäß Art. 123 Abs. 1 GG nichtig ²⁾.

2. KAPITEL

DER EINFLUSS DER GELTENDEN WIRTSCHAFTSORDNUNG AUF DAS RECHT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. Die Entwicklung zur Marktwirtschaft

Es soll untersucht werden, inwieweit der Grundsatz der Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung einer Wirtschaftsordnung entspricht, wie sie die "Marktwirtschaft" heute darstellt.

Die "Marktwirtschaft" steht am Ende einer längeren wirtschaftlichen Entwicklung ³⁾. Mit der zu Beginn des 19. Jahrhunderts einsetzenden Technisierung

1) BVerfG aaO (S. 219).

2) Zum gleichen Ergebnis führt eine Überlegung von K. Droste (DB 63/719 ff. (725): Auch Droste macht verfassungsmäßige Bedenken geltend. Im Hinblick auf die ungeheure Ausweitung des § 1 UWG durch die Rechtsprechung, aus dem auch die Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung folge, sei der Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt. Es sei mit Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren, wenn ca. 90 % eines so wichtigen Rechtsgebietes, wie es das UWG betrifft, durch richterliche Auslegung geregelt werde;

Brinkmann (WRP 63 230 ff. (235 f.)) hält ebenfalls das einmal entstandene Gewohnheitsrecht für unvereinbar mit dem Grundgesetz. Seiner Ansicht nach komme es darauf insofern nicht entscheidend an, weil ohnehin jeder Einzelfall vergleichender Werbung auf einen bei ihm vorliegenden Sittenverstoß geprüft werden müsse.

vgl. dazu Müller-Gries, Einleitung, S. XIX ff.; Langen, Einführung, S. 49 ff.;

vgl. auch die amtliche Begründung zum "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen", abgedruckt bei Müller-Henneberg - Schwartz, S. 1057 ff.

und Industrialisierung wurde das Bedürfnis nach Freiheit des Wettbewerbs, nach freier wirtschaftlicher Betätigung überhaupt, immer stärker. Dies war "nicht nur ein ökonomisches, sondern auch ein naturrechtliches Postulat" ¹⁾. Die klassische Nationalökonomie des Adam Smith forderte den freien Wettbewerb als Vorbedingung für jede Leistungssteigerung. Die Mitte und zum Teil die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts standen im Zeichen des an diese Lehre anknüpfenden Manchestertums, wonach die Wettbewerber völlig sich selbst überlassen sein sollten. Die Funktion des Staates beschränkte sich auf die Unterbindung der größten Auswüchse. Es galt das Prinzip des "survival of the fittest". Ergebnis dieser liberalistischen Strömungen war die "Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund" ²⁾, die in ihrem § 1 den Grundsatz der Gewerbefreiheit statuierte.

Indessen erwies es sich, daß die Schärfe des uneingeschränkten Liberalismus, der verständlicherweise im Anschluß an die strengen Zunftordnungen des Mittelalters und die darauffolgende feudale und merkantilistische Gesellschaftsordnung des 18. Jahrhunderts entstanden war, abgestumpft werden mußten ³⁾. Die grenzenlose Freiheit verleitete zum Mißbrauch, der volkswirtschaftlich nicht erwünscht sein konnte. So waren es insbesondere beginnende Monopolisierungstendenzen ⁴⁾, die den Freiheitsgrundsatz in sein Gegenteil zu verkehren drohten. Während die Einflußnahme des Staates auf wirtschaftliche Vorgänge wuchs ⁵⁾, verhielt sich die Rechtsprechung zunächst zurückhaltend ⁶⁾. Die beteiligten Wirtschaftskreise begannen sich jedoch zunehmend zu zentralisieren, und mit der Entstehung der ersten Kartelle wurde der Freiheitsgrundsatz weitgehend ausgehöhlt. Die Kriegszeit 1914 - 1918 sowie die Nachkriegsjahre zwangen schließlich wegen der Knappheit der Güter zur Bewirtschaftung; die staatlichen Eingriffe in das Wirtschaftsleben wurden teilweise recht schwerwiegend. Erst wieder die Zeit nach dem zweiten Weltkrieg brachte, angefangen mit den besatzungsrechtlichen Dekartellierungsverordnungen die Rückkehr zu einem völlig freien Wettbewerb.

1) Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm. 34.

2) vom 21. 6. 1869, Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245.

3) vgl. Isay, WuW 54/557 ff. (558).

4) vgl. die amtliche Begründung zum Kartellgesetz, abgedruckt bei Müller-Henneberg - Schwartz, S. 1057.

5) Isay (aaO) weist auf die Gesetze gegen Ausbeutung der Arbeiter und die Sozialversicherungsgesetze hin.

6) vgl. RGZ 3/67.

7) Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm. 35.

2. Die 'Lehre der "Marktwirtschaft" und ihr Verhältnis zum Grundgesetz

Nachdem innerhalb eines knappen Jahrhunderts die Wirtschaftsverfassung zwischen äußerstem Liberalismus und strengster Planwirtschaft gependelt war, setzte sich in der Zeit nach 1945 mit der Marktwirtschaft eine Mittelmeinung durch. Die Marktwirtschaft, heute vielfach auch "soziale Marktwirtschaft" genannt ¹⁾, beruht auf Überlegungen der "Freiburger Schule" ²⁾; Ausgehend vom Grundsatz des wirtschaftlichen Liberalismus könne jeder Wettbewerber sich frei entfalten. Die Durchsetzung der besten Leistung sei wirtschaftspolitisch erwünscht, da sie dem Interesse der Allgemeinheit diene. Die beste Leistung könne sich jedoch nur dann durchsetzen, wenn unter den Anbietern am Markt Wettbewerb bestehe ³⁾. Die "Freiburger Schule" schränkt daher den schrankenlosen Liberalismus durch ein Gebot zum Wettbewerb ein ⁴⁾. Dem Staat müsse die Kontrolle über dieses Gebot übertragen werden. Staatliche Eingriffe in den Wirtschaftsablauf seien dann zulässig und erforderlich, wenn ein Wettbewerber durch eine Monopolstellung oder mehrere Wettbewerber durch Absprachen den freien Wettbewerb einschränkten oder gar ausschlossen. Solche Wettbewerbsbeschränkungen seien im allgemeinen Interesse unerwünscht; der Staat sei vielmehr die "lenkende Kraft, die den Wettbewerb aufrecht erhält" ⁵⁾.

Soziale Marktwirtschaft ist demnach Mittelding zwischen Planwirtschaft und Liberalismus und als "eine dritte wirtschaftsverfassungsrechtliche Ordnung" ⁶⁾ anzusehen.

Die Frage, ob sich das Grundgesetz für die soziale Marktwirtschaft entschieden hat, ist lebhaft umstritten. Der wohl überwiegenden Ansicht, das Grundgesetz enthalte keine Regelung der Wirtschaftsverfassung ⁷⁾, es sei in dieser Hinsicht

1) Der Begriff "Soziale Marktwirtschaft" stammt von Müller-Armack in "Handwörterbuch der Sozialwissenschaften", Band 9, S. 390.

2) Vertreter der "Freiburger Schule" sind Eucken, Lampe, Misch, Grossmann-Doerth, Böhm, Rüstow u. a.; vgl. dazu die Literaturangaben bei Fikentscher, S. 14 Anm. 43.

3) Zum Wettbewerbsbegriff vgl. Fikentscher, S. 31 ff.; Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm. 1; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 1.

4) vgl. Schwamberger, NJW 61/1185.

5) Fikentscher, S. 16.

6) Nipperdey, WuW 54/211 ff. (222).

7) so v. Mangoldt-Klein, S. 174, mit weiteren Nachweisen daselbst; Isay, WuW 54/557 ff. (558); Müller-Henneberg - Schwartz, Einführung, S. 69; BVerfG in NJW 54/1235 (Investitionshilfe); unentschieden Antoni, BB 62/1171 ff.

indifferent ¹⁾, ja, es könne eine Wirtschaftsverfassung wie die soziale Marktwirtschaft überhaupt nicht in gesetzliche Normen gefaßt werden, weil je nach Konjunkturlage mehr oder weniger staatliche Eingriffe erforderlich seien ²⁾, steht die Ansicht Nipperdeys ³⁾ entgegen, der den Art. 2 Abs. 1 GG als die "Magna Charta" der Marktwirtschaft ansieht.

Es kann nicht Aufgabe dieser Untersuchung sein, die Frage einer endgültigen Lösung zuzuführen. Ihre Beantwortung kann hier sogar offen bleiben, denn es steht fest, daß das Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft jedenfalls nicht entgegensteht und zumindest durch die Art. 2, 5, 12 sowie 9 und 14 GG die Voraussetzungen für sie geschaffen hat ⁴⁾.

Im übrigen ist die geltende Wirtschaftsordnung durch das "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" (Kartellgesetz) vom 27. 7. 1957 ⁵⁾ konkretisiert worden. Dieses Gesetz beruht auf der Grundlage der Marktwirtschaft ⁶⁾ und es verwirklicht deren Grundsätze. Es ist die "Gesetz gewordene Wirtschaftstheorie" ⁷⁾.

3. Die Verwirklichung marktwirtschaftlicher Grundsätze

Nach der Darstellung der Überlegungen, die zur Einführung der Marktwirtschaft führten, gilt es jetzt zu zeigen, auf Grund welcher Grundsätze die Prinzipien der Marktwirtschaft im Wirtschaftsleben verwirklicht werden.

a. Am brauchbarsten erweist sich zu diesem Zweck die von Nipperdey ⁸⁾ getroffene Scheidung des Wettbewerbs in einen der Marktwirtschaft gerecht werdenden Leistungswettbewerb einerseits und den wettbewerbsverfälschenden

1) v. Mangoldt-Klein aaO unter Berufung auf Ipsen.

2) vgl. Isay, WuW 54/557 ff. (558).

3) vgl. WuW 54/211 ff. (221).

4) nach Baumbach-Hefermehl (Allg. Anm. 40) enthält das GG wenigstens eine "wirtschaftliche Grundordnung"; zwischen den beiden Polen der Planwirtschaft und der extrem liberalen Wirtschaft sei "der Gesetzgeber in der Ausgestaltung der Wirtschafts- und Sozialordnung insoweit frei, als es das GG zuläßt"; ähnlich auch Huber, S. 30.

5) BGBl. I 1957, S. 1081.

6) so die amtl. Begründung, abgedruckt bei Müller-Henneberg - Schwartz, S. 1057.

7) Baumbach-Hefermehl, Allg. Anm. 66; Brinkmann, Diss., Überschrift S. 13.

8) vgl. Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 16 ff., sowie WuW 54/211 ff. (216).

Behinderungswettbewerb andererseits ¹⁾. Leistungswettbewerb ist jedes Vorgehen, das ein "Ausfluß der eigenen dauerhaften wirtschaftlichen Kraft" ist ²⁾. Ausgangspunkt ist das Leistungsprinzip. Die Idealforderung dieses Prinzips geht dahin, daß sich im Wettbewerbskampf die für den Verbraucher günstigste Leistung durchsetzt. Es soll damit die bestmögliche Versorgung der Allgemeinheit erreicht werden ³⁾. Das Streben der Anbieter nach Eigennutz wird in den Dienst dieser Zielsetzung gestellt ⁴⁾. Dabei darf der Wettbewerber nur die eigene Leistung zur Erreichung seines Ziels einsetzen.

Eine in den Grenzen des Leistungswettbewerbs erfolgende wirtschaftliche Entfaltung bedingt und gestattet jedoch Beeinträchtigungen des Konkurrenten, unter Umständen gar dessen völlige Verdrängung vom Markt ⁵⁾ als eine Konsequenz, die von ihm als sozialadäquat hingenommen werden müßte.

Die Durchsetzung der für den Verbraucher günstigsten Leistung ist nicht immer leicht zu verwirklichen. Je größer die Zahl der einzelnen auf dem Markt angebotenen Waren oder Leistungen ist, desto schwieriger wird es für den Verbraucher, sich einen Überblick über das vorhandene Gesamtangebot zu verschaffen. Hinzu kommt der auf allen Gebieten in Erscheinung tretende technische und wirtschaftliche Fortschritt, der ständig Erneuerungen und Verbesserungen ermöglicht, über die sich zu unterrichten dem Verbraucher wenig oder gar nicht möglich ist. Da das Publikum, wie Völp richtig erkennt ⁶⁾, seine Kaufentscheidungen in zunehmendem Maß auf Grund rationaler Erwägungen trifft, hat es ein erhebliches Interesse daran, über alle diese Umstände unterrichtet zu werden. Die Unterrichtung erfolgt am besten durch die Werbung. Ohne Werbung ist ein Leistungswettbewerb nicht denkbar ⁷⁾. Sie ist ein wesentliches Element des freien Wettbewerbs ⁸⁾ und daher grundsätzlich erwünscht.

Spengler ⁹⁾ macht hiergegen geltend, die Werbung sei vielmehr ein 'notwen-

1) Böhm, Wettbewerb und Monopolkampf, S. 210 ff. u. 291 ff. unterscheidet zwischen Leistungs- u. Nichtleistungswettbewerb; Gütebier, JW 34/1091 ff. (1092) schlägt für "Nichtleistungswettbewerb" den Ausdruck "Schädigungswettbewerb" vor; kritisch zum Ausdruck "Behinderungswettbewerb" Schmid, Diss. jur., S. 20.

2) Gütebier, JW 34/1091 ff. (1093).

3) Schwamberger, NJW 61/1185.

4) Schwamberger, NJW 61/1185 ff. (1186).

5) so Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 12 ff.; vgl. auch Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 242 f.

6) WRP 61/135 ff. (136).

7) vgl. Böhm, "Die Ordnung der Wirtschaft...", S. 134.

8) vgl. Hellwig, WuW 59/389 ff. (392); auch Schmid, Diss. jur., S. 35

9) MA 62/283 ff. (288).

diges Übel". Er beruft sich dabei auf Schriften der "Freiburger Schule", insbesondere auf Rüstow¹⁾. Seiner Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es geht nämlich ganz eindeutig aus den Veröffentlichungen der "Freiburger Schule" hervor, daß nur die übermäßige Reklame volkswirtschaftlich unerwünscht ist, weil durch sie die unproduktiven Kosten auf den Käufer überwälzt würden²⁾ und der Verbraucher sich ihrer Suggestionswirkung nicht entziehen könne³⁾. Im übrigen hatten die Vertreter der "Freiburger Schule" keinen Anlaß, auf das Problem der vergleichenden Werbung im einzelnen einzugehen, da sich die von ihnen hinsichtlich der Werbung gehegten Bedenken nicht nur auf die vergleichende Werbung beschränkten.

b. Unzulässig wird eine Werbung erst dann, wenn sie mit den Zwecken des Leistungswettbewerbs in Widerspruch steht. Eine solche Werbung ist "Nichtleistungswettbewerb" im Sinne Böhm's⁴⁾. "Nichtleistungswettbewerb" ist nicht unbedingt schon dann gegeben, wenn eine Werbung auf fremde Erzeugnisse Bezug nimmt, denn erst die Bezugnahme garantiert einen leistungsbezogenen Endkampf⁵⁾, der gleichzeitig auch den Verbraucher über das günstigste Angebot informiert. Die Bezugnahme ist insofern Element des Leistungsprinzips, als der Gedanke des Leistungsvergleichs dem Leistungswettbewerb innewohnt⁶⁾. Es kommt hinzu, daß eine bezugnehmende Werbung weit wirksamer ist als die sog. einfache Werbung⁷⁾. Schließlich wirkt sich die Vergleichswerbung auch auf die Güte des Angebots aus. Die ständige Gegenüberstellung der Leistungen muß den Hersteller der schlechteren Leistung dazu veranlassen, Verbesserungen vorzunehmen, hauptsächlich in der Form der Qualitätsverbesserung und der Preiserabsetzung. Reagiert er nicht in dieser Weise, so nimmt er die Verdrängung vom Markt in Kauf. Das allgemeine Streben nach der besten Leistung führt damit zu einem "Selbstreinigungsprozeß auf Anbieterseite"⁸⁾. Die vergleichende Werbung gerät nach allem erst dann mit dem Leistungswettbewerb in Widerspruch, wenn wettbewerbsverfälschende Momente hinzutreten. Diese sind anzunehmen, wenn der Vergleich nicht zur Unterrich-

1) vgl. Ordo-Jb. II (1949), S. 135 f.

2) so Rüstow aaO, S. 136; über weitere Bedenken gegen eine Übermaßreklame vgl. Röpke, Jenseits v. Angebot und Nachfrage, S. 184, 207.

3) Böhm aaO, S. 135; Rüstow aaO, S. 136.

4) in "Wettbewerb u. Monopolkampf", S. 210 ff.

5) Schwamberger, NJW 61/1185 ff. (1186).

6) vgl. Fikentscher, S. 115; Gütebier, NJW 34/1091 ff. (1092); Schmid, Diss. jur., S. 54.

7) so der zutreffende Hinweis von Schmid, Diss. jur., S. 55.

8) Schwamberger aaO.

tung des Publikums, sondern ausschließlich zur Herabsetzung des Konkurrenten verwendet wird, der am Absatz seiner Ware gehindert und persönlich verunglimpft werden soll, der also nicht mit der eigenen Leistung, sondern mit Mitteln bekämpft wird, die nicht leistungsbezogen und somit wettbewerbsfremd sind.

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist ein gänzlich neuer Ausgangspunkt: Auch und gerade ein Vergleich in der Werbung ist wettbewerbsfördernd ¹⁾. Man muß daher die Bezugnahme auf den Konkurrenten - jedenfalls im Grundsatz - als lautere Wettbewerbsmaßnahme ansehen.

3. KAPITEL

VERGLEICHENDE WERBUNG UND MARKTTRANSPARENZ

Im Zusammenhang mit der vergleichenden Werbung wird immer wieder die Markttransparenz genannt (vgl. oben S. 23) ²⁾, auf die im vorigen Kapitel bereits kurz hingewiesen wurde. Hier soll nun ausführlich geprüft werden, ob die Markttransparenz tatsächlich eine auf das Recht der vergleichenden Werbung sich auswirkende Bedeutung hat.

Es wird behauptet, das grundsätzliche Verbot der vergleichenden Werbung erschwere oder verhindere gar die Übersicht über den Markt, obwohl doch gerade dessen Überschaubarkeit ein wesentliches Ziel des Leistungswettbewerbs sei ³⁾. Die Befürworter des Verbots verschließen sich diesem Argument nicht ⁴⁾. Sie

- 1) a.A. aber Leo, WRP 60/293 ff. (295 f.): Der Werbevergleich widerspreche dem Leistungswettbewerb und sei insofern Behinderungswettbewerb, als er negative Urteile über den Konkurrenten enthalte, diesen in Verruf bringe und die Nachfrager abschrecke. Eine Störung der Wettbewerbsfunktionen sei darin zu sehen, daß sich der Wettbewerber die dem Verbraucher zustehende Richterfunktion anmaße.
Leo (aaO) geht sogar so weit zu behaupten, auch das Anpreisen einer rückständigen Leistung sei in der Marktwirtschaft legitim. Hier erkennt Leo, daß es nicht im Interesse der Wirtschaftsordnung ist, der rückständigen Leistung Schutz zu gewähren!
- 2) so zuerst bei Döll, BB 60/1105 ff. (1106); dann Völz, WRP 60/197 ff. (204); auch Tetzner, NJW 62/1087 ff. (1088); Rinck, BB 62/105 ff.
- 3) Nach Rinck (BB 62/105) sei Markttransparenz Voraussetzung für den Wettbewerb und man müsse ihr damit auch rechtliche Bedeutung zuerkennen.
- 4) etwa Greifelt, WRP 62/143 ff. (144).

sind der Ansicht, die Forderung nach Marktübersicht sei zwar gerechtfertigt, man könne sie aber nicht durch Zulassung des Werbevergleichs erreichen. Dieser sei dazu nicht geeignet und er führe eher Marktverwirrung herbei, weil kein Gewerbetreibender sein Erzeugnis mit der erforderlichen Objektivität anpreise ¹⁾. Greifelt ²⁾ meint außerdem, für das Fachpublikum sei der Markt ohnehin transparent, während dem Verbraucher die Markttransparenz nichts nütze, weil er keine Zeit habe ³⁾ und weil er nicht kritisch und wirklich interessiert sei, es wegen der Vielfalt des Angebots auch gar nicht sein könne ⁴⁾.

Diese Ansicht verkennt allerdings die Bedeutung der Markttransparenz. Zwischen ihr und dem Leistungswettbewerb besteht eine Wechselbeziehung: Leistungswettbewerb ist vom Bestehen der Markttransparenz abhängig. Dem Aufklärungsinteresse des Verbrauchers ist von der geltenden Wirtschaftsverfassung ein besonderer Rang zugewiesen worden, denn nur der informierte Verbraucher kann sich für die beste angebotene Leistung entscheiden. Es mag zwar zutreffen, daß diese Entscheidung in Einzelfällen von Gefühlen geleitet wird: in der Regel wird aber, zumindest bei Erzeugnissen wertvollerer Art, die vernünftige Überlegung und das kritische Abwägen der Vor- und Nachteile für den Kaufentschluß maßgebend sein. Hierfür spricht nicht zuletzt das weitverbreitete und ständig zunehmende Interesse an objektiven Testberichten.

Der Ansicht Rincks ⁵⁾, der einen vierten Ausnahmefall vom Verbot der vergleichenden Werbung "zur Förderung der Markttransparenz" erwägt, ist die bereits gewonnene Erkenntnis entgegenzuhalten, daß der im Rahmen des Leistungswettbewerbs vorgenommene und damit grundsätzlich zulässige Vergleich in jedem Fall der Markttransparenz dient. Was also schon für die Zulässigkeit des Grundsatzes spricht, kann nicht mehr lediglich zur Rechtfertigung eines Ausnahmefalles herangezogen werden. Der Ausgangspunkt der Überlegung Rincks, der die vergleichende Werbung für grundsätzlich unlauter hält, mußte sich insoweit als unzutreffend erweisen.

Wenn nur der wahre und sachliche Vergleich den Markt transparent macht, so ist damit schließlich gesagt, daß persönliche sowie anlehrende Werbung dieses Ziel nicht erreichen. Die Person des Konkurrenten ist auf dessen Leistung ohne Einfluß, der Hinweis auf sie hat daher für den Verbraucher keinerlei Informa-

1) vgl. Greifelt aaO, S. 145; Krieger, BB 62/240; Leo, WRP 60/295 ff. (296)
OLG Celle, GRUR 62/101 (Waschmaschinen);
a. A. Völp, WRP 61/135 ff. (141), und GRUR 62/178.

2) aaO.

3) Greifelt, WRP 62/143 ff. (145).

4) Greifelt, DW 62/1 ff. (4).

5) BB 62/105 ff.

tionswert. Die sich an das Konkurrenzprodukt anhängende sog. anlehrende Werbung verschleiert bewußt etwa bestehende Unterschiede zum eigenen Produkt und strebt somit gar Marktverwirrung an. Wegen dieser wettbewerbsfremden Zielsetzung gelten beide Werbearten zu Recht als unlauter.

4. KAPITEL

VERGLEICHENDE WERBUNG UND DIE GUTEN SITTEN IM WETTBEWERB

1. Vorbemerkung:

Der Begriff der "guten Sitten" ist nicht auf das Wettbewerbsrecht beschränkt. Er findet sich vor allem in zahlreichen Bestimmungen des BGB¹⁾, und erst mit der Neufassung des UWG²⁾ hat er auch seinen Platz in der Generalklausel des § 1 UWG gefunden. Hier dient er der Ermittlung der Zulässigkeit einer Wettbewerbshandlung, und er unterscheidet sich damit vom Sittenbegriff des BGB, bei dem es auf ein "Handeln zu Wettbewerbszwecken" nicht ankommt. Sodann richtet sich der bürgerlich-rechtliche Sittenbegriff am "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" aus³⁾, während im Wettbewerbsrecht das "Anstandsgefühl des verstandigen und anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden"⁴⁾ entscheidet. Im Wettbewerbsrecht kommt es also in erster Linie auf die Auffassung der Personen an, die über das zu bewertende Verhalten ein Urteil haben können, also auf die der Gewerbetreibenden.

Der gewandelten Anschauung über den Schutzzweck des Wettbewerbsrechts⁵⁾, das zunächst nur die Persönlichkeit des Gewerbetreibenden⁶⁾, später nur dessen Unternehmen⁷⁾ schützen sollte und mithin zuerst nur die individuellen Interessen der Wettbewerber im Auge hatte, entspricht es aber, daß heute auch die Interessen der Allgemeinheit an der Reinerhaltung des Wettbewerbs

1) vgl. vor allem §§ 138 Abs. 1, 826 BGB.

2) am 7. 6. 1909, RGBl. 1909, S. 499.

3) vgl. RGZ 48/114 ff. (124); RGZ 80/219 ff. (221); vgl. auch Palandt, § 826 Anm. 2.

4) vgl. Baumbach-Hefermehl, Einleitung, Anm. 56.

5) vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, Einleitung, Anmerkung 34 ff.

6) vgl. Rosenthal, S. 1 ff.; Kohler, Der unlautere Wettbewerb, S. 17 f.

7) vgl. Callmann, Der unlautere Wettbewerb, S. 26, 65; Reimer, S. 7 ff.; unklar Tetzner, S.

berücksichtigt werden ¹⁾, beide Interessen sind nebeneinander geschützt ²⁾. So ist ein Interesse der Allgemeinheit nicht nur dann gegeben, wenn eine Werbemaßnahme den Kunden unmittelbar in Mitleidenschaft zieht ³⁾, sondern auch in dem Fall, daß sich die Wettbewerber mit Mitteln, die dem Leistungswettbewerb fremd sind, bekämpfen und damit die Wettbewerbsfunktionen vereiteln ⁴⁾.

Die schutzwürdigen Belange sind gegeneinander abzuwägen. Die vergleichende Werbung ist unter Berücksichtigung des Einflusses der geltenden Wirtschaftsverfassung von drei Seiten auf ihre Sittenwidrigkeit zu untersuchen; aa. Sittenwidrigkeit von Seiten des Werbenden, bb. Sittenwidrigkeit vom Blickpunkt des Konkurrenten, cc. Sittenwidrigkeit gegenüber dem Publikum ⁵⁾.

2. Die Sittenwidrigkeit von Seiten des Werbenden

Jedem Werbenden steht das Recht zu, auf die Vorzüge seiner Leistung in geeigneter Form hinzuweisen ⁶⁾. Dieser Grundsatz erfährt nach Ansicht eines Teils der Rechtsprechung und des Schrifttums in dem Fall eine Ausnahme, wo der Werbungstreibende sich mit dem Erzeugnis seines Konkurrenten auseinandersetzt, um das eigene gebührend hervorzuheben. Niemand dürfe sich zum "Richter in eigener Sache" aufwerfen, denn niemand könne in eigener Sache objektiv urteilen ⁷⁾.

- 1) vgl. RGZ MuW 30/230; RGZ 128/330 ff. (343); RGZ 160/385 ff. (388); BGHZ 19/392 (= Anzeigenblatt) im Anschluß an RG GRUR 36/810 ff. (812).
- 2) Baumbach-Hefermehl, Einleitung, Anm. 34 ff., 57; v. Godin-Hoth, Einführung Vorbemerkung 4; Schmid, Diss. jur., S. 15 f.
- 2) vgl. Fikentscher, S. 8.
- 3) so in den Fällen der Irreführung und der Täuschung; vgl. auch den Fall des Anreißens OLG Stuttgart NJW 55/146).
- 4) zum Einfluß des Leistungswettbewerbs auf den Sittenbegriff vgl. Fikentscher, S. 114; Kraft, S. 275 f.; Brinkmann, Diss. jur., S. 67.
- 5) so die richtige Einteilung von D. Reimer, Seite 19 ff.; D. Reimer verdient jedoch insofern keine Zustimmung, als er die Sittenwidrigkeit der persönlichen und vergleichenden Werbung gleich behandelt (aaO).
- 6) Das Recht ergibt sich aus dem in Art. 2 Abs. 1 GG niedergelegten Grundsatz der Wettbewerbsfreiheit; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 19.
- 7) vgl. Tetzner, S. 171; v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30 b; Kraft, S. 225; D. Reimer, S. 21; LG Düsseldorf GRUR 62/593.

Dieses Argument, mit dem zuerst von Kohler ¹⁾ die Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung begründet wurde (vgl. S. 33), muß heute als widerlegt angesehen werden. Bereits das Reichsgericht hat es nicht mehr ausschließlich zur Begründung verwendet ²⁾, und man ist sich darin einig, daß es eigentlich neben der Sache liegt ³⁾.

Die Verwendung des Wortes "Richter" ist sachlich unzutreffend, denn ein Richter entscheidet unabhängig und ohne eigenes Interesse, ganz im Gegensatz zum gewerbetreibenden, der ein wirtschaftliches Interesse am Verkauf seiner Ware hat ⁴⁾. Es kommt hinzu, daß ein Richter eine Entscheidung zu treffen hat, während bei einem Werbungstreibenden davon keine Rede sein kann. Sowohl er wie die angesprochenen Verkehrskreise wissen, daß mit Werbung nichts entschieden werden soll. Ihre Funktion erschöpft sich im Anpreisen einer Ware sowie in dem Versuch, den Kunden für den Kauf der Ware zu gewinnen. Das vernünftige Publikum wird hingegen jede Ware einer eigenen Prüfung unterziehen, bevor es sich zum Kauf entschließt. Die Gefahr, daß "künstliche hergestellte Verkehrskreise" von einer "den Anschein der Objektivität erweckenden Gegenüberstellung gefangen genommen" würden ⁵⁾, kann nur gegen eine echt unwahren oder unsachlichen Werbung geltend gemacht werden. Allein die Tatsache, daß der Werbende selbst verglüht, genügt für ein Sittenwidrigkeitsurteil noch nicht.

Es verleiht dem "Richter" den "Anwalt" gegenüber, der für seine Sache pladiert ⁶⁾. Ein Werbungstreibender hat also, um im Bild zu bleiben, ein "Plädoyer in eigener Sache", bei dem er aber wie jeder Anwalt die Wahrheitspflicht zu befolgen hat. Die Wahrheitspflicht ist das Korrektiv für eine notwendig subjektiv gefärbte Werbung, die auf das Publikum wirken soll. Dabei kann von der Vorwegnahme oder gar dem Aufdrängen eines Urteils keine Rede sein.

-
- 1) MuW 16/127.
 - 2) Borck (WRP 62/249 ff. (250)) meint sogar, das Reichsgericht habe das Argument nie als tragenden Gedanken seiner Entscheidungen angesehen.
 - 3) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 27; Leo, WRP 60/293 ff. (294); Borck, WRP 62/249 ff. (250) u. WRP 61/1 ff. (73); Schwamberger, NJW 61/1185 ff. (1188); K. Droste, WRP 64/65 ff. (69).
 - 4) vgl. Tetzner, JZ 53/205.
 - 5) vgl. D. Reimer, S. 21.
 - 6) Borck, WRP 61/1 ff., 70 ff. (73);
zust. Schwamberger, NJW 61/1185 ff. (1188); Wenzel, NJW 62/81;
K. Droste, WRP 64/65 ff. (69).

3. Die Sittenwidrigkeit im Verhältnis zum Mitbewerber:

Immer wieder wird das Verbot der vergleichenden Werbung mit der Behauptung begründet, ein Gewerbetreibender brauche es sich nicht gefallen zu lassen, daß seine Leistung als Mittel zur Erhöhung der fremden Leistungsfähigkeit verwendet werde ¹⁾. Der Konkurrent werde dadurch insoweit behindert, als in dem Vergleich negative Urteile über seine Leistung abgegeben wurden, so daß er in Verfall gebracht und der Nachfrager abgeschreckt würde ²⁾. Es bedeute schließlich eine Störung der Wettbewerbsfunktion, wenn sich ein Mitbewerber die dem Nachfrager zustehende Entscheidung über bestehende Leistungsunterschiede anmaße. Es fehle ihm die Zuständigkeit für die Vornahme des Vergleichs ³⁾.

Borck hält das Argument, niemand brauche sich das Vorspannen seiner eigenen Leistung vor eine fremde gefallen zu lassen, für das entscheidende Kriterium zur Ermittlung der Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung ⁴⁾. Trotzdem hält es einer näheren Nachprüfung nicht stand. Soweit die Ware des durch die Vergleichswerbung Betroffenen in unsachlicher Form herabgesetzt wird oder die Werbung vom guten Ruf der fremden Leistung durch Anlehnung profitieren will, ist es berechtigt, von einer unlauteren Bezugnahme zu sprechen, denn hier liegt dann Nichtleistungswettbewerb vor. Geht man aber von der wahren und sachlichen Durchführung des Werbevergleichs aus, so ist die Bezugnahme unter diesen Umständen nicht unlauter. Mit Recht weist Brinkmann ⁵⁾ auf das "die ganze Rechtsordnung durchziehende Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz bewahrender und erwerbender Rechte" hin. Es liegt bereits im Wesen des Wettbewerbs, daß ein Wettbewerber Einbußen zugunsten eines anderen hinnehmen muß. Niemand hat das Recht auf ungestörte Erhaltung eines festen Kundenstammes, und Art. 2 Abs. 1 GG schützt sowohl die Sicherung der Herrschaft über erworbene Werte als auch die Vergrößerung des eigenen Herrschaftsbereichs auf Kosten fremder Bereiche ⁶⁾. Die Verdrängung vom Markt ist legales Ziel des Wirtschaftskampfs ⁷⁾. Gegen die Ansicht, der kritische Werbevergleich widerspre-

1) Grundlegend RG GRUR 31/1299 (Hellegold).

2) vgl. Leo, WRP 60/293 ff. (295).

3) vgl. Leo, aaO, S. 296.

4) Borck, WRP 61/1 ff., 70 ff. (73) und WRP 62/249 ff. (250); beachte jedoch die Akzentverschiebung: Nicht der Konkurrent brauche sich etwas nicht gefallen zu lassen, sondern der Werbungstreibende selbst dürfe den Konkurrent nicht zur Verstärkung der eigenen Leistung benutzen.

5) WRP 63/230 ff. (273).

6) Brinkmann, WRP 63/230 ff. (273).

7) vgl. Baumbach-Hefenhehl, Allg. Anm. 18; Hubmann, Lehrbuch, S. 242 f.; Kraft, S. 275; Nipperdey, Wettbewerb und Existenzvernichtung, S. 12.

che dem Leistungswettbewerb insofern, als er zwecks Erhöhung der eigenen Leistungsfähigkeit den von der Konkurrenzleistung ausgehenden Kredit schmälere ¹⁾, ist zu sagen, daß man zu Unrecht der schlechteren Leistung Schutz gewährt, wenn man den vergleichenden Hinweis auf sie verbietet. Das Leistungsprinzip will der besseren Leistung zum Durchbruch verhelfen, was oft nicht anders als durch einen Vergleich geschehen kann. Mit dem Hinweis auf die beim eigenen Erzeugnis vorhandenen Vorteile knüpft eine vergleichende Werbung nicht an fremde, sondern vielmehr - ganz im Sinne des Leistungswettbewerbs - an die eigene Leistungsfähigkeit an, denn der Leistungsvorsprung ist in der eigenen Leistungssphäre entstanden. Im übrigen fordert das Leistungsprinzip einen harten Wettbewerbskampf, bei dem Empfindlichkeiten nicht am Platze sind. Die rückständige Leistung ist nicht schutzwürdig und soll auch durch die Rechtsordnung nicht geschützt werden ²⁾. Fehl geht daher auch ein Vergleich mit der Privatsphäre, wonach es unanständig sei, sich mit den geringeren Fähigkeiten eines anderen zu vergleichen ³⁾. Die Interessenlage des privaten Bereichs ist mit den Gegebenheiten eines Wettbewerbskampfes nicht vergleichbar.

4. Die Sittenwidrigkeit gegenüber dem Verbraucher:

Die Sittenwidrigkeit einer Werbung richtet sich nicht allein nach den Interessen der Werbungstreibenden; es können, wie bereits festgestellt, auch die Ansichten der Allgemeinheit maßgebend sein ⁴⁾. Dem Verbraucher liegt daran, über all jene Umstände unterrichtet zu werden, die für seinen Kaufentschluß von Bedeutung sind. Einen Überblick darüber verschafft ihm im wesentlichen nur die Werbung, der insofern in jedem Falle ein Vergleichsmoment innewohnt.

Streit besteht jedoch darüber, ob der Werbungstreibende den Vergleich selbst vornehmen darf, und ob er nicht mangels Objektivität den Verbraucher irreführen und den Markt verwirren würde ⁵⁾.

Die Frage der Irreführung beantwortet sich mit einem Hinweis auf § 3 UWG,

-
- 1) vgl. Leo, WRP 60/293 ff. (295).
 - 2) so auch BVerfG in BVerfGE 7/198 ff.; Feldmann, BB 63/673 ff. (674); a. A. Leo aaO; Greifelt, DW 62/1 ff. (5).
 - 3) so Leo, WRP 60/293 ff. (295) und Greifelt, DW 62/1 ff. (5).
 - 4) vgl. BGHZ 19/392 (Anzeigenblatt); Baumbach-Liefermehl, Einleitung, Anm. 34 ff., 57; v. Godin-Hoth, Einführung, Vorb. 4; Völz, GRUR 62/178 ff. (181).
 - 5) so Runge, NJW 61, 1757 ff. (1758); Krieger, BB 32/240; Spengler, MA 62/283 ff. (292); Greifelt, DW 62/1 ff. (4) und WRP 62/143 ff. (144); Kraft, S. 226; einschr. Leo, WRP 60/293 ff. (294).

wonach unwahre Angaben verboten sind. Beim wahren Vergleich ist aber jede unsachliche Beeinflussung und Irreführung ausgeschlossen. Mit Recht betont daher Brinkmann ¹⁾, daß man allein aus der bloßen Gefahr, daß "durch unwahre Angaben der Verkehr irregeleitet wird", nicht folgern dürfe, jeder Vergleich schade dem Verbraucher mehr als er nütze. Diese Gefahr könne höchstens die Modalitäten der Zulassung vergleichender Werbung, keinesfalls aber deren grundsätzliche Zulässigkeit berühren.

5. Ergebnis einer Interessenabwägung:

Es hat sich gezeigt, daß dem jeweiligen Interesse des Gewerbetreibenden am ungestörten Bestand seines Gewerbes das des Konkurrenten an der Hervorhebung der Vorzüge seiner Ware sowie das der Verbraucherschaft an einem möglichst umfassenden Marktüberblick gegenübersteht. Ein Urteil über die Sittenwidrigkeit der vergleichenden Werbung kann erst nach Abwägung dieser widerstreitenden Interessen gewonnen werden.

Kraft ²⁾ teilt die bei einer Interessenabwägung zu prüfenden Umstände in absolute und relative Bewertungsfaktoren ein: zu den ersten zählt er die Irreführung, die Täuschung, die Störung der Wettbewerbsfreiheit, die persönliche Herabsetzung, die Notwehr sowie die *par conditio concurrentium*. Bei ihrem Ausbreiten sei eine Abwägung nicht notwendig, da sich ihre absolute Kraft immer durchsetze. Die Bedeutung der "relativen Bewertungsfaktoren" bestimme sich nach "dem Gegengewicht der Faktoren auf der anderen Seite".

Auf die vergleichende Werbung bezogen ist Kraft der Ansicht, sie sei wegen des Vorspannens der fremden Leistung vor die eigene als negativer Faktor anzusehen, dem jedenfalls nur beim Fortschrittsvergleich das "Interesse der Kunden auf sachliche Unterrichtung über technische Verbesserungen oder Unterschiede von Waren und Leistungen gegenüberstehe"; im Falle des Auskunftsvergleichs sei es außerdem die Zwangslage des Befragten ³⁾.

So begrüßenswert auch die von Kraft zur Ermittlung eines endgültigen Sittenwidrigkeitsurteils vorgeschlagene Methode ist, so wenig kann seinem Ergebnis im

1) WRP 63/230 ff. (273).

2) S. 252 ff.;

vgl. auch Hubmann, AcP 155/85 ff., der den Sittenverstoß auf Grund einer Rangordnung der Werte ermittelt. Werbung sei im Ergebnis dann unlauter, wenn mit ihr sachfremde Ziele verfolgt würden, etwa durch den Hinweis auf persönliche Eigenschaften (vgl. aaO, S. 105).

3) Kraft, S. 261 f.

Fälle der vergleichenden Werbung zugestimmt werden. Auch die Bewertung der bei den am Wettbewerb Beteiligten vorhandenen Faktoren richtet sich nach der geltenden Wirtschaftsordnung. Der ihr entsprechende Grundsatz des Leistungswettbewerbs läßt den Hinweis auf eine fremde, schlechtere Leistung zu. Die dadurch erfolgende Auslese soll die Durchsetzung der besten Leistung fördern. Letztlich kommt es aber auf den Verbraucher an, der sich auf Grund seiner durch die vergleichende Werbung verbesserten Marktübersicht für die beste Leistung entscheiden kann. Die Interessen der Werbungstreibenden an der Hervorhebung der Vorzüge ihrer Waren und die Interessen der Verbraucher an Unterrichtung über das vorhandene Marktangebot überwiegen somit die Interessen der durch den Vergleich Betroffenen am ungestörten Absatz ihrer Waren ¹⁾. Wegen dieses durch die Wettbewerbsordnung bedingten eindeutigen Übergewichts muß der wahre und sachliche Werbevergleich grundsätzlich als lauterer Wettbewerbsmittel angesehen werden.

6. Die Kritik dieses Ergebnisses im Schrifttum

Gegen die Auswirkung der "Marktwirtschaft" auf die Auslegung des Begriffs der guten Sitten in § 1 UWG wird geltend gemacht, daß es auf die bestehende Marktordnung nicht ankomme, so lange die von ihr geforderte Folgerung nicht entweder gesetzlich normiert werde oder sich die Umstellung auch in den Anschauungen der Wirtschaftskreise selbst vollzogen habe ²⁾. Die geänderte Wirtschaftsstruktur müsse also erst noch zum Inhalt der guten kaufmännischen Sitten werden ³⁾.

Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß die neue Wirtschaftsordnung durch das "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen" bereits ihren Eingang in die Anschauungen der Kaufleute gefunden hat. Das GWB ist Ausdruck des Grundsatzes der Wettbewerbsfreiheit, der das ganze Wettbewerbsrecht beherrscht. Dessen allgemeine Geltung kann nicht für den Fall der vergleichenden Werbung geleast werden. Es erscheint jedoch die Annahme berechtigt, daß die Zulässigkeit der vergleichenden Werbung wohl bereits Bestandteil der guten kaufmännischen Sitten geworden ist, daß aber eine starre und unbewegliche Rechtspre-

-
- 1) für ein überwiegendes Interesse des Verbrauchers sind auch: Rinck, BB 62/105 ff. (106); Schwamberger, NJW 61/1185 ff. (1186); Hubmann, AcP 155/85 ff. (105); Brinkmann, WRP 63/230 ff. (273); vgl. neuerdings aber auch Baumbach-Hefermehl, (9. Aufl.) § 1 Anm. 30 im Gegensatz zu den Vorauslagen.
 - 2) vgl. OLG Köln, WRP 62/130 (133) und Spengler, DW 60/75 ff. (79).
 - 3) OLG Köln aaO.

chung sich dieser Tatsache ständig verschließt und so verhindert, daß sich die Beteiligten ihrer bewußt werden. Die Behauptung Greifelts ¹⁾, in der Kaufmannschaft lehne man die vergleichende Werbung ab, wäre allenfalls durch eine umfassende Meinungsumfrage erst noch zu beweisen.

5. KAPITEL

VERGLEICHENDE WERBUNG ALS EINGRIFF IN DAS PERSÖNLICHKEITSRECHT UND DAS RECHT AM EINGERICHTETEN UND AUSGEÜBTEN GWERBEBETRIEB (§ 823 Abs. 1 BGB)

Die Beantwortung der Frage, ob eine wahre und sachliche vergleichende Werbung den Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB auslöst, richtet sich danach, ob durch die Einbeziehung des Konkurrenten in die eigene Werbung eines der durch § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter verletzt wird. In Betracht kommt zunächst eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Konkurrenten. Ein solches Recht fällt nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ²⁾ als "sonstiges Recht" unter den Schutz des § 823 Abs. 1 BGB.

Ein Werbevergleich greift jedoch nicht immer in dieses Recht ein. Das Persönlichkeitsrecht ist nur dann betroffen, wenn über die Person des Konkurrenten ehrenrührige Behauptungen in der Form der "persönlichen Werbung" aufgestellt werden. Dagegen bleiben in den Fällen der anlehenden sowie der irreführenden Werbung die Persönlichkeitsrechte der Konkurrenten unangetastet. Dasselbe gilt auch für die vergleichende Werbung i. e. S., denn sie befaßt sich nicht mit der Person, sondern mit Waren oder Leistungen des Konkurrenten. Hier wirkt sich ebenfalls die geänderte Auffassung vom Schutzzweck des Wettbewerbsrechts aus: Nicht die "wirtschaftliche Persönlichkeit" ist verletzt, sondern allenfalls das von der Person des Unternehmers gelöste "Recht am Unternehmen".

Entsprechend hat eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts auch das "Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb" als "sonstiges Recht" in § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ³⁾. Das Reichsgericht ging zunächst davon aus, daß nur solche Eingriffe zum Schadensersatz verpflichten mußten, die sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richteten. Jede sich nur mittelbar

1) in WRP 62/143 ff. (145).

2) vgl. BGHZ 13/334 (Schacht-Briefe), BGHZ 24/72; BGHZ 26, 349 (Herrenreiter); BGHZ 27/284 (Tonbandaufnahme).

3) vgl. RGZ 58/24 ff. (29); RGZ 135/242 ff. (247).

auswirkende Schädigung war nicht tatbestandsmäßig. Später hat das Reichsgericht seine Ansicht geändert und die Anforderungen jedenfalls für das Gebiet des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts gelockert ¹⁾. In Fortentwicklung dieser Rechtsprechung sieht schließlich der BGH mit Billigung des Schrifttums jeden unmittelbaren Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitsbereich als Beeinträchtigung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb an ²⁾. Geschützt ist heute der Gewerbebetrieb nicht nur in seinem Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, mithin der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis ³⁾.

Auf die vergleichende Werbung bezogen ist zuzugeben, daß die Bezugnahme auf Ware oder Leistung des Konkurrenten bei diesem zu Erwerbseinbußen führen kann, indem die Kundschaft von dessen Angebot abgelenkt und dem Angebot des vergleichend Werbenden zugeführt wird. Zweifellos gehört auch die Beziehung zur Kundschaft zum schutzwürdigen Interessenbereich des Unternehmens ⁴⁾. Dennoch kann nicht gegen jede Beeinträchtigung des Unternehmens Schutz gewährt werden. Der Gewerbebetrieb ist nur gegen solche Beeinträchtigungen geschützt, die im Widerspruch zur geltenden Wirtschaftsordnung stehen. Die Vereinbarkeit der wahren und sachlichen Vergleichswerbung mit der Marktwirtschaft ist bereits oben geprüft und bejaht worden. Streit besteht jedoch darüber, ob die zum Zwecke eigener Absatzförderung erfolgende Beeinträchtigung des Konkurrenten tatbestandsmäßig einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellt und erst über einen Rechtfertigungsgrund den Charakter der Widerrechtlichkeit verliert, oder ob schon der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB nicht erfüllt ist.

Die erste Ansicht wird vom BGH vertreten und im Schrifttum weitgehend gebilligt ⁵⁾. Mit der Bezugnahme auf den Konkurrenten sei der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB erfüllt, und zur Beseitigung der Rechtswidrigkeit bedürfe es des Rechtfertigungsgrundes der "Wahrnehmung berechtigter Interessen".

1) vgl. die Rechtsprechungsnachweise bei Schippel, S. 119.

2) vgl. BGHZ 3/270 (Constanze I); BGHZ 8/142 (Schwarze Listen); BGHZ 29/69 (Stromunterbrechung) mit ausf. weiteren Nachweisen; vgl. auch die Literaturangaben bei Bock, S. 14.

3) vgl. BGHZ 3/270 ff. (279).

4) vgl. Schippel, S. 80 und passim.

5) vgl. BGHZ 3/270 ff. (280) (= Constanze I); BGHZ 8/142 ff. (144) (= Schwarze Listen); BGHZ 36/77 ff. (80) (= Waffenhandel); Schippel, S. 71; Brinkmann, WRP 63/230 ff. (295); unentschieden Rinck, BB 60/949 ff. (953).

Für die zweite Ansicht ist Nipperdey ¹⁾. Nipperdey verwendet den Begriff der "Sozialadäquanz": Danach sind solche Rechtsverletzungen erlaubt, die sich "im Rahmen der allgemeinen Ordnung menschlichen Zusammenlebens" halten. Sozialadäquat sind nach Nipperdey Handlungen, die sich im Rahmen des Leistungswettbewerbs bewegen. Nipperdey leugnet bei ihnen zwar nicht die Erfüllung des Tatbestandes des § 823 Abs. 1 BGB, wohl aber will er mit Hilfe des Begriffs der "Sozialadäquanz" dessen unrechtsindizierende Wirkung beseitigen.

Es entspricht der bisher vertretenen Ansicht zur vergleichenden Werbung, wenn hier der Lehre Nipperdeys der Vorzug gegeben wird. Wettbewerbskampf schließt zwangsläufig wechselseitige Beeinträchtigungen der Konkurrenten ein, denn Wettbewerb ist das Bestreben des am Wirtschaftsleben Beteiligten, den eigenen Kundenkreis auf Kosten des Kundenkreises eines anderen zu erhalten und nach Möglichkeit zu vermehren ²⁾. Damit verbundene Beeinträchtigungen können daher nicht dem Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB mit seiner unrechtsindizierenden Wirkung unterstellt werden.

Daß der Unterschied zwischen den im Ergebnis allerdings gleichen Ansichten des BGH und Nipperdeys nicht nur rechtstheoretische Bedeutung hat, zeigt sich, wie Schippel und Brinkmann nicht verkennen ³⁾, bei der Frage der Beweislast. Sie soll unten noch ausführlich untersucht werden.

6. KAPITEL

DAS VERBOT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG UND § 14 UWG

Völp ⁴⁾ hat die Kontroverse um die Zulässigkeit vergleichender Werbung mit einem Argument bereichert, aus dem sich deren grundsätzliche Zulässigkeit ergeben soll. Er ist der Ansicht, der Gesetzgeber selbst habe den Fall der vergleichenden Werbung bereits bei der Schaffung des UWG im Auge gehabt und eine Regelung getroffen, die ihn befriedigend lösen könne: Nach § 14 UWG seien kreditschädigende Äußerungen gestattet, wenn sie erweislich wahr sind. Also müsse auch die vergleichende Werbung grundsätzlich erlaubt sein, wenn sie nur wahr ist. Wenn der BGH die vergleichende Werbung als ein Problem des § 1 UWG behandle, so werde die Generalklausel dazu benutzt, um den in einer Spezialnorm niedergelegten Willen des Gesetzgebers zu übergangen, "Zu Lasten des Wettbewerbs würden (damit) Verhaltensweisen verboten, die das Gesetz als erlaubt bezeichnet".

1) Lehrbuch AT § 209 V; zust. Bock, S. 15.

2) vgl. BGH WuW 52/855.

3) Schippel, S. 75; Brinkmann, WRP 63/230 ff. (294).

4) Völp, WRP 60/197 ff.; wohl im Anschluß an Nolting-Hauff, GRUR 31

Gegen die Richtigkeit dieser Schlußfolgerung bestehen erhebliche rechtliche Bedenken ¹⁾. So ist es nicht richtig, daß der Gesetzgeber in § 14 UWG mehr als nur die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs regeln wollte ²⁾. Für die Annahme, § 14 UWG enthalte eine grundsätzliche Entscheidung dahin, wahre herabsetzende Äußerungen über den Konkurrenten und seine Leistung seien schlechthin zulässig, bieten weder Wortlaut noch Sinngehalt dieser gesetzlichen Bestimmung einen Anhaltspunkt ³⁾. Mit Recht weist Leo ⁴⁾ darauf hin, daß auch die wahre, krankende Behauptung wettbewerbswidrig sein kann. Sie beurteilte sich dann nicht nach § 14 UWG, sondern nach § 1 UWG, eventuell auch nach den §§ 823, 1004 BGB ⁵⁾. § 14 UWG sei demnach durch § 1 UWG zu ergänzen ⁶⁾.

Nach allem muß der Versuch Völps als gescheitert angesehen werden. Völp hat das schließlich auch selbst erkannt und seine Ansicht modifiziert ⁷⁾. § 14 UWG könne zwar nicht der einzige Maßstab für die Zulässigkeit einer Werbebehauptung sein, man dürte ihn aber auch nicht ganz "unter den Tisch fallen lassen". Behauptungen über die Konkurrenz, die nicht wie etwa bei der persönlichen Werbung, von vornherein unter allen Umständen wettbewerbswidrig seien, müßten aber grundsätzlich erlaubt sein, wenn der Beklagte im Streitfall den Wahrheitsbeweis erbringe. Hier komme die Heranziehung des § 1 UWG nur in Einzelfällen in Betracht ⁸⁾.

Trotz dieser Modifikation steht dann allerdings fest, daß der von Völp vorgeschlagene Weg, die grundsätzliche Zulässigkeit der vergleichenden Werbung über § 14 UWG zu begründen, nicht gangbar ist.

1) so bereits das RG in GRUR 44/34 (Stahlbeton); gegen Völp zuletzt BGH WRP 61/307 ff. (309) (= Betonzusatzmittel); kritisch im Schrifttum: Leo, WRP 60/293 ff.; Spengler, DW 60/75 ff. (78); Borck, WRP 61/1 ff. (4); Wenzel, NJW 62/81.

2) Leo aaO.

3) Leo, WRP 60/293.

4) aaO.

5) Leo aaO.

6) RG GRUR 44/34 (Stahlbeton).

7) WRP 61/135 ff. (138).

8) aaO.

7. KAPITEL

VERGLEICHENDE WERBUNG IN EUROPÄISCHEN UND AUSSEREUROPÄISCHEN RECHTSORDNUNGEN

1. Vorbemerkung:

Eine Untersuchung über die Zulässigkeit vergleichender Werbung kann nicht umhin, einen Blick auf benachbarte Rechtsordnungen zu werfen, die dieses Problem zum Teil recht unterschiedlich lösen. Im Hinblick auf eine Rechtsvereinheitlichung in einem vereinigten Europa lohnt die Feststellung, wie sehr sich die Meinung über die "guten Sitten im Wettbewerb" bei Völkern, deren Rechtsdenken dem deutschen durchaus wesensverwandt ist, in mancher Beziehung und gerade bei der zu betrachtenden Zulässigkeit vergleichender Werbung unterscheiden ¹⁾. Hinzu kommt, daß auch Gedanken aus Ländern wie den Vereinigten Staaten und Großbritannien, die dem angelsächsischen Rechtskreis angehören, sich nicht als so abwegig erweisen, als daß sie sich zur Übernahme auf deutsche Rechtsverhältnisse sowie für ein gemeinsames europäisches Wettbewerbsrecht nicht eignen.

Die Frage der Zulässigkeit vergleichender Werbung im Ausland war bereits mehrfach Gegenstand eingehender Untersuchungen. Hier sollen daher der Vollständigkeit halber nur die wesentlichen Grundsätze einiger Länder dargestellt werden ²⁾.

-
- 1) a. A. Spengler, MA 62/283 f.; Über die Rechtswidrigkeit des Werbevergleichs bestehe allgemeine Einigkeit. Spengler stützt sich jedoch nur auf die Rechtslage in Frankreich, Italien und den Niederlanden. Die Rechtslage in Österreich, der Schweiz und Großbritannien sei nach Spengler wenigstens im Ergebnis gleich; ähnlich Greifelt, DW 64/33 ff.
 - 2) über die Rechtslage im einzelnen vgl. D. Reimer, Die Zulässigkeit der vergleichenden Reklame im deutschen und französischen Recht; Beutel, Vergleichende Werbung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Recht, Diss. jur. Heidelberg 1956; Bock, Grenzen der Superlativ-reklame im deutschen, schweizerischen, französischen und anglo-amerikanischen Recht, Diss. jur. Heidelberg 1962; Grote, Kritisierende vergleichende Reklame und Alleinstellungswerbung, Diss. jur. Köln 1961; v. Gamm, WRP 60/1 ff. und 167 ff.; v. Lesigang, WRP 62/191 ff.; Holl, WRP 62/252 ff.; Brinkmann, WRP 63/230 ff. (235 f.); Schönherr - Bussmann, S. 20 ff.

2. Die Rechtslage in den einzelnen Ländern:

a. Österreich

In Österreich ist der wahre Vergleich der eigenen Ware mit einer fremden unter Hinweis auf die Vorzüge der eigenen zulässig ¹⁾. Die Aufklärung der Öffentlichkeit muß sich im Rahmen der Sachlichkeit halten ²⁾. Herabsetzend und daher wettbewerbswidrig ist es, die fremde Ware als minderwertig hinzustellen ³⁾. Der österreichische Oberste Gerichtshof hat dies so ausgedrückt ⁴⁾:

"Im Gegensatz zu der wesentlich strengeren deutschen Auffassung vertritt die österreichische Rechtsprechung seit nahezu 20 Jahren den Standpunkt, daß eine vergleichende Reklame nur dann wettbewerbswidrig ist, wenn die Waren des Anderen als minderwertig bezeichnet oder herabgesetzt werden, keineswegs aber dann, wenn sich die Aufklärung der Öffentlichkeit im Rahmen der Sachlichkeit hält".

Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung geht die österreichische also von der grundsätzlichen Zulässigkeit vergleichender Werbung aus ⁵⁾.

b. Schweiz

In der Schweiz sind die persönliche und die anlehrende Werbung unlauter ⁶⁾. Wahre vergleichende, nicht irreführende und nicht unnötig herabwürdigende Werbung ist dagegen grundsätzlich erlaubt ⁷⁾. Rechtsgrundlage ist das UWG vom 30.9.1943. Es enthält in § 1 Abs. 1 eine Generalklausel ähnlich der deutschen, in § 1 Abs. 2 werden häufig wiederkehrende Tatbestände beispielhaft aufgezählt. So verstößt es gegen die Grundsätze von Treu und Glauben, wenn andere, ihre Waren, Leistungen oder Geschäftsverhältnisse durch unrichtige, irreführende oder unnötig verletzende Äußerungen herabgesetzt werden. Das schweizerische UWG geht vom Prinzip des Leistungswettbewerbs aus. Es ist er-

1) v. Lesigang, WRP 62/191; Brinkmann aaO.

2) vgl. Öst. Ob. Gerichtshof GRUR AIT 55/96 (Nr. 353).

3) v. Lesigang aaO; Schönherr-Bussmann aaO.

4) aaO.

5) v. Lesigang aaO.

6) vgl. Schönherr-Bussmann, S. 50.

7) ausf. Schönherr-Bussmann, S. 44 ff. und Schmid, Diss. jur. Winterthur 1955; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 65; Spengler, MA 62/283; Brinkmann, WRP 63/230 ff. (235); für die schweiz. Rechtsprechung vgl. Schweizer. Bundesgericht in GRUR AIT 61/544 und die weiteren Rechtsprechungsnachweise bei Schönherr-Bussmann, S. 45, Fußnote 148.

laubt, den Konkurrenten mit der eigenen Leistung zu übertreffen und im Wettkampf zu schlagen. Dies darf nur nicht auf eine "unanständige" Weise geschehen.

c. Italien ¹⁾

Falsche herabsetzende Angaben sind gemäß Art. 2598 des codice civile als "denigrazione" verboten ²⁾. Erzeugnisse und Leistungen eines anderen Konkurrenten können nur dann Gegenstand einer Gegenüberstellung sein, wenn dadurch mit objektiven Daten dem Kunden ein Vergleich ermöglicht wird ³⁾.

d. Vereinigte Staaten ⁴⁾

In der Vereinigten Staaten ist in erster Linie das öffentliche Interesse für die Beurteilung einer Wettbewerbshandlung maßgebend ⁵⁾. Wahre vergleichende Werbung ist grundsätzlich erlaubt ⁶⁾. Ebenso ist erlaubt die Abgabe von Werturteilen, deren fehlender sachlicher Hintergrund ("harmless puffings") jedem vernünftigen Verbraucher offenbar ist. Das amerikanische Recht setzt den "aufmerksamen Bürger" voraus, der sich nicht durch jede subjektive Behauptung irreführen läßt und der deshalb keines übermäßigen Schutzes bedarf ⁷⁾. Zu Recht meint Junckerstorff, "der Größe des wettbewerblichen Spielfeldes entspricht eine gewisse Cößzügigkeit in der Beurteilung, welche Spielregeln zu gelten haben" ⁸⁾. Als typisches Beispiel für eine Werbung, wie sie in den Vereinigten Staaten üblich ist und nicht beanstandet wird, mag der von Spengler ⁹⁾ angeführte Werbeslogan gelten:

"Bufferin works twice as fast as Aspirin and leaves you no headache".

(Bufferin wirkt zweimal so schnell wie Aspirin und hinterläßt keine Kopfschmerzen).

1) ausf. Schönherr-Bussmann, S. 38 ff.

2) so Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 62.

3) vgl. Corte d'Appello di Milano, GRUR AIT 59/316 (Nr. 905); weitere Nachweise bei Schönherr-Bussmann, S. 39.

4) vgl. darüber Brinkmann, WRP 63/230 ff. (234) und Schönherr-Bussmann, S. 15.

5) vgl. Junckerstorff, SchwJZ 50 (1954)/356 ff. (357).

6) vgl. Schönherr-Bussmann aaO.

7) vgl. Junckerstorff aaO.

8) Junckerstorff aaO.

9) DW 60/75.

e. Großbritannien ¹⁾

Der wahre Vergleich ist grundsätzlich erlaubt ²⁾, selbst wenn er den Konkurrenten noch so sehr schädigt ³⁾. Das öffentliche Interesse an der "Wahrheit im Geschäftsleben" überwiegt den Schutz des Konkurrenten derart, daß allein die objektive Wahrheit für die Zulässigkeit einer Werbung maßgebend ist ⁴⁾. Die Rechtsprechung in Großbritannien ist nahezu schrankenlos entsprechend der angelsächsischen Großzügigkeit, wie sie bereits in den Vereinigten Staaten festgestellt werden konnte, Unzulässig sind also lediglich herabsetzende und diffamierende Werbebehauptungen ⁵⁾.

f. Frankreich ⁶⁾

Frankreich geht vom grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung aus, die unter den Begriff des "denigrement" fällt ⁷⁾. Niemand habe das Recht, Mängel oder Mängel über seinen Konkurrenten der Öffentlichkeit zu offenbaren, auch wenn diese wahr sind ⁸⁾. Nur der wahre Vergleich, der keinen bestimmten Konkurrenten erkennen läßt, ist zulässig ⁹⁾.

In Frankreich geht also der Schutz des Konkurrenten dem Interesse der Allgemeinheit an scharfem und offenem Wettbewerb vor ¹⁰⁾. Gesetzliche Grundlage ist ausschließlich die deliktische Generalklausel des Art. 1382 Code Civil.

g. Belgien

Belgien verbietet wie Frankreich grundsätzlich sowohl die persönliche wie die vergleichende Werbung ¹¹⁾.

1) ausf. v. Gamm, WRP 60/167 ff.; Brinkmann, WRP 63/230 ff. (233).

2) vgl. High Court of Justice in GRUR AIT 57/38 (Nr. 97); Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 61; Schönherr-Bussmann, S. 14.

3) v. Gamm, WRP 60/167 ff. (172) unter Berufung auf Fairweather, MuW 15/187 ff.

4) vgl. Brinkmann, WRP 63/230 ff. (233).

5) v. Gamm aaO.

6) ausf. D. Reimer, S. 16 ff.; Schönherr-Bussmann, S. 26 ff.; Holl, WRP 62/252 ff.

7) "denigrement" sind alle Handlungen, die darauf abzielen, einen Konkurrenten oder die von ihm hergestellten Erzeugnisse in Mitleidenschaft zu bringen; vgl. Schönherr-Bussmann, S. 27; D. Reimer, S. 16.

8) D. Reimer aaO; Holl, WRP 62/252 ff. (256 ff.).

9) vgl. Cour de Lyon, GRUR AIT 62/320 (Nr. 1007).

10) so nach Ansicht von Brinkmann aaO.

11) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 60; Schönherr-Bussmann, S. 31 ff.

h. Niederlande ¹⁾

Soweit eine Werbebehauptung unwahr oder herabsetzend ist, ist sie nicht zulässig. Der Vergleich darf sich aber auch nicht gegen bestimmte Konkurrenten richten. Daher ist selbst wahre vergleichende Werbung grundsätzlich unzulässig ²⁾ und nur im Einzelfall erlaubt, etwa zum Schutze "allgemeinwirtschaftlicher Interessen des Landes" ³⁾.

3. Ergebnis des Überblicks und Folgerungen

Der Überblick über die Rechtslage in den verschiedenen europäischen Ländern sowie den Vereinigten Staaten ist geeignet, die hier vertretene Auffassung von der grundsätzlichen Zulässigkeit der vergleichenden Werbung zu stützen, zumal sich die dem deutschen Rechtsdenken nahestehenden Länder Schweiz und Österreich für die Zulassung der vergleichenden Werbung als Bestandteil des Leistungswettbewerbs entschieden haben ⁴⁾. Bezieht man zudem noch die Rechtslage der beiden, dem angelsächsischen Rechtskreis angehörenden Länder Großbritannien und Vereinigte Staaten in den Kreis der Betrachtungen ein, so bieten sich auch dort vertretbare Gedanken für die Betrachtung der Rechtslage in Deutschland als Ausgangspunkt an. Das Allgemeinwohl eines Wettbewerbs und Konkurrenz kann nicht auf dem Interesse der einzelnen betroffenen Konkurrenten beruhen. Die geforderte Wirtschaftsordnung hat ihren Voraussetzungen bereits geschaffen. Außerdem könnte für den Durchschnittsverbraucher das Gleiche wie in den Vereinigten Staaten gelten: Auch ihm könnte man ein gewisses Maß an Kritikfähigkeit zutrauen, das ihn in den Stand setzt, den wahren Gehalt einer Werbeaussage zu erkennen.

Ob allerdings die schweizerische und die österreichische Rechtsprechung einen Beitrag zur gesamten europäischen Rechtsvereinheitlichung leisten können, muß schon deswegen bezweifelt werden, weil beide Staaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft nicht angehören. Sollten demnach die beiden Länder bei einem europäischen Zusammenschluß der Gemeinschaft der sechs europäischen Staaten, Frankreich, Italien, Deutschland, als Vorläufer der Marktgemeinschaft

1) ausf. Schönherr-Bussmann, S. 36 ff.

2) vgl. Gerichtshof te Leeuwarden, GRUR AIT 56/330 (Nr. 1318); Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 63.

3) vgl. Czapski, WuW 54/321 ff. (324).

4) so v. Lesigang, WRP 62/191; für Österreich:

a. A. für Österreich Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 64.

genommen werden ¹⁾, so müßte das Problem der vergleichenden Werbung nochmals neu durchdacht und modernen wirtschaftspolitischen Grundsätzen angepaßt werden ²⁾.

-
- 1) Völz, WRP 60/197 ff. (205), wendet sich gegen die Übernahme der französischen Rechtsprechung.
- 2) Schönherr-Bussmann (S. 19) weisen zu Recht darauf hin, daß die gegenwärtig in Deutschland herrschenden "komplizierten Grundsätze" zur vergleichenden Werbung kaum zur Grundlage eines Rechts des Gemeinsamen Markts geeignet sind.

3. T E I L

DIE AN EINE GRUNDSÄTZLICH ZULÄSSIGE VERGLEICHENDE WERBUNG ZU STELLENDEN ANFORDERUNGEN

1. KAPITEL

ALLGEMEINES ZUM WAHRHEITSBEGRIFF IN DER WERBUNG

Ungeachtet des Standpunkts, von dem aus man die vergleichende Werbung betrachtet, muß man sich immer wieder mit Wahrheit und Sachlichkeit einer Werbung überhaupt befassen. Vielfach wird die Ansicht vertreten, es werde mit Werbung niemals eine objektive Wahrheit geäußert. Diese könne auch gar nicht geäußert werden, da es keine allgemeingültigen Kriterien gebe. Jede Werbung sei zwangsläufig das Ergebnis eines subjektiv gefärbten Denkprozesses, selbst wenn sich der Gewerbetreibende nach Kräften bemühe, objektiv zu sein. Von einem Kaufmann könne man also in keinem Fall Objektivität verlangen¹⁾. Dieser Ansicht kann insoweit zugestimmt werden, als es eine objektive, absolute Wahrheit tatsächlich nicht gibt²⁾. Die Rechtsordnung trägt aber dieser Tatsache Rechnung und begnügt sich mit einer relativen Wahrheit. Sie legt nur die Erkenntnisfähigkeit des Menschen einen bescheidenen Maßstab an³⁾, und sie stellt an den Wahrheitsbegriff keine allzu hohen Anforderungen⁴⁾. Würde sie diese Einschränkung nicht machen, so müßte beispielsweise auf jeden Zeugenbeweis verzichtet werden⁵⁾. Eine „relativ wahre“ Werbung muß also lediglich einen irreführenden Gesamteindruck vermeiden. Im übrigen werden die angesprochenen Verkäufer eine immer berücksichtigen, daß derwerbende Akzent setzt, um seine werbliche Schlagkraft zu erhöhen⁶⁾.

1) Rüge: NWZ 61, 10 (1961) Nr. 11; vgl. auch Loh: NWZ 61, 493 ff. (494).

2) vgl. v. Godin-Hoth, § 1 Anm. 30 c.

3) v. Lesiang, WRP 62/283 ff. (291).

4) v. Lesiang aaO.

5) so zu Recht v. Lesiang aaO.

6) vgl. Brinkmann, WRP 63/230 ff. (293); ähnlich K. Droste, DB 64/503 ff. (505);

für ein subjektives Element in der Werbung vgl. BGH NJW 52/223 und v. Rützen-Kositzkau, WRP 56/61 ff. (62).

Widersprüchlich ist es, wenn die vergleichende Werbung einerseits für nicht zulässig gehalten wird, weil sie niemals wahr sein könne, wenn aber andererseits Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot zugelassen und von der Erfüllung der Voraussetzung "Wahrheit" abhängig gemacht werden. Der Wahrheitsbegriff kann nicht von Fall zu Fall verschieden ausgelegt werden, und die an ihn zu stellenden Anforderungen müssen immer gleich sein. Traut man dem Werbungstreibenden also die wahrheitsgemäße Durchführung eines Abwehr-, Auskunfts- oder Fortschrittsvergleichs zu, so muß man noch einen Schritt weitergehen und ihm den wahren Werbevergleich grundsätzlich gestatten.

2. KAPITEL

DIE VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE WAHRHEIT EINER VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. Behauptung von Tatsachen:

Mit dem Vergleich dürfen nur Tatsachen behauptet werden, und zwar in zweierlei Hinsicht: Der Werbende darf nur auf Tatsachen hinweisen, die die eigene Ware oder Leistung betreffen, und er darf diese nur mit anderen Tatsachen, die sich auf Ware oder Leistung seines Konkurrenten beziehen, in Verbindung bringen. Damit scheidet die Äußerung "unsubstanziierter persönlicher Meinungsäußerungen" aus ¹⁾. Werturteile können allerdings dann zugelassen werden, wenn sie - ausdrücklich oder stillschweigend - als Schlußfolgerungen aus Tatsachenbehauptungen erscheinen ²⁾. Zulässig ist daher die Werbung "A hat x Vorzüge vor B und ist deshalb besser", unzulässig auch nach der hier vertretenen Ansicht die Werbung "ja, aber Odol ist besser" ³⁾, denn hier fehlt die Angabe, auf welchen konkret genannten Vorzug Odol seine Besserstellung gründet.

1) vgl. Brinkmann, WRP 63/230 ff. (293); ähnlich Völz, GRUR 62/178 ff. (184); Rinck, BB 62/105 ff. (106).

2) auf die Unmöglichkeit einer generellen Trennung von Werturteilen und Tatsachen verweisen zu Recht Schmid (Diss. jur., S. 62) und Brinkmann, WRP 63/230 ff. (293).

3) vgl. RGZ 131/75.

2. Nachprüfbarkeit:

Tatsachen können im Gegensatz zu Werturteilen nachgeprüft werden. Zur Wahrheit einer Werbung gehört demnach ihre Nachprüfbarkeit. Der Nachprüfbarkeit entziehen sich nicht allein die reinen Werturteile; auch die in der Werbung angeführten Tatsachen dürfen nicht aus so verschwommenen Angaben bestehen, daß der Verkehr nichts mit ihnen anzufangen weiß. Andererseits darf das Erfordernis der Nachprüfbarkeit nicht zur Forderung führen, jedermann müsse zur Nachprüfung der Werbebehauptung in der Lage sein. Je mehr es sich um die Darstellung technischer oder naturwissenschaftlicher Fakten handelt, desto weniger wird der Durchschnittsverbraucher von sich aus nachprüfen können. Es muß daher auch die Möglichkeit der Nachprüfung durch einen Fachmann ¹⁾, nach anderer Ansicht durch die Konkurrenz ²⁾ genügen. Die Werbung darf sich nur nicht grundsätzlich jeder Nachprüfbarkeit entziehen ³⁾.

Die Kompliziertheit technischer und anderer, ähnlicher Vorgänge bringt die Werbung in eine andere Gefahr; Da für die Wirkung einer Werbung die angesprochenen Verkehrskreise maßgebend sind, ist eine auf wahren und nachprüfaren Tatsachenbehauptungen beruhende Werbung doch unlauter, wenn sie sich gewisse Vorstellungen im Publikum suggestiv zunutze macht ⁴⁾ oder sonstwie den Verkehr irreführt.

3. Vollständigkeit:

Eine auf den ersten Blick durchaus zureifende Werbebehauptung ist nicht im hier verstandenen Sinne wahr, wenn sie für das Publikumsurteil wesentliche Teile oder Eigenschaften des Konkurrenzprodukts oder des eigenen zu erwähnen unterläßt, obwohl ihre Nennung das Gesamtbild des Vergleichs möglicherweise verändern könnte. Das Gebot der Vollständigkeit ist daher eine notwendige Ergänzung des Wahrheitsgebots ⁵⁾.

1) so Wenzel, NJW 62/81 ff. (82).

2) so Hennings in der Zeitung "Die Welt" vom 29. 10. 1962 (zitiert aus BB 62/1210).

3) Wenzel (aaO) meint, die fehlende Überprüfbarkeit durch Kaufinteressenten spreche gerade gegen das Verbot der vergleichenden Werbung, denn wenn ein Interessent trotz Vergleichs nicht überprüfen könne, so könne er es ohne Vergleich erst recht nicht.

4) auf diese Gefahr weist zu Recht Schmid, Diss. jur., S. 67, hin.

5) vgl. dazu Krieger, BB 62/240; Völz, GRUR 62/ 178 ff. (184); Greifelt, WRP 62/143 ff. (144); Spengler, MA 62/283 ff. (292).

Aber auch hier ist nur eine "relative" Vollständigkeit zu fordern. Maßgebend ist der auf das Publikum wirkende Gesamteindruck der Werbung. Es müssen alle die Merkmale im Vergleich angeführt werden, die für eine "vernünftige Kaufentscheidung" von Bedeutung sind ¹⁾. Eine Auswahl unter dem Gesichtspunkt werblicher Akzentuierung schadet dabei nichts, denn "restlos alles" zu sagen kann von niemand verlangt werden. ("Ultra posse nemo obligatur").

4. Vergleichbarkeit:

Das in Bezug genommene Konkurrenzprodukt muß mit dem eigenen vergleichbar sein. Das bedeutet: Es dürfen nur solche Waren oder Leistungen gegenübergestellt werden, die sich nach Art und Güte wenigstens in groben Zügen entsprechen. Die Gegenüberstellung unvergleichbarer Erzeugnisse macht den Vergleich unwahr, da es an geeigneten Bezugsmomenten fehlt ²⁾.

3. KAPITEL

DIE VORAUSSETZUNGEN

FÜR DIE SACHLICHKEIT EINER VERGLEICHENDEN WERBUNG

Das Gebot der Sachlichkeit einer Werbung ist eine unerläßliche Ergänzung des Wahrheitsgrundsatzes.

Die Sachlichkeit erfordert, daß jede unnötige Herabsetzung des Konkurrenten unterbleiben muß ³⁾. Es sind nur solche Hinweise auf die Ware oder Leistung des Konkurrenten erlaubt, die für einen Kaufentschluß auch unmittelbar von Interesse sind ⁴⁾. Der Zusammenhang zwischen Werbung und Werbegegenstand muß gewahrt bleiben, die Werbung muß sachbezogen sein. Es hat sich gezeigt, daß der Leistungswettbewerb zwangsläufig Beeinträchtigungen des Konkurrenten mit sich bringt, die dieser so lange zu dulden hat, bis er sich mit seinem Erzeugnis in einem effektiven Rückstand befindet und allein dieser Umstand werblich ausgenutzt wird. Unsachlich und zu einem Nichtleistungswettbewerb wird die

1) vgl. Völp aaO; auch BGH NJW 52/223.

2) vgl. LG Düsseldorf WRP 63/27 (Anzugtest): Der vergleichende Test zwischen einem Maßanzug und einem Konfektionsanzug wurde als unzulässig angesehen, da es an der Vergleichbarkeit beider Waren fehlte.

3) vgl. vor allem Völp, GRUR 62/178 ff (184); auch Brinkmann, WRP 63/230 ff. (293).

4) vgl. Völp aaO.

Werbung erst, wenn sie bewußt auf Tatsachen oder Verhältnisse anspielt, die auf Qualität oder Preis keinen Einfluß haben können. Zu berücksichtigen ist indessen auch hier, daß jede menschliche Äußerung zwangsläufig subjektiv gefärbt ist. Die Anforderungen an die Sachlichkeit sollten daher nicht unnötig überspitzt werden. Fraglich ist jedoch der Vorschlag von Spengler, nur gegen "krasse" Unsachlichkeit und "übergebührlche" Herabsetzung einschreiten zu wollen ¹⁾.

4. KAPITEL

WAHRHEIT UND SACHLICHKEIT DURCH WERBUNG MIT VERGLEICHENDEN TESTBERICHTEN

1. Die Kennzeichnung des Warentests

In jüngster Zeit erfreut sich der vergleichende Warentest verbreitet einer ständig zunehmenden Beliebtheit. Diese Zunahme ist ein Beweis für das vorhandene große Interesse des Verbrauchers an der Unterrichtung über das am Markt vorhandene Angebot, sowie über dessen Preis und Qualität.

Der vergleichende Warentest wirft vielschichtige rechtliche Probleme auf, deren Untersuchung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde ²⁾. Im Zusammenhang mit der Frage nach Wahrheit und Sachlichkeit einer vergleichenden Werbung soll jedoch geprüft werden, ob nicht eine sich des vergleichenden Warentests bedienende Werbung diese Voraussetzungen in besonderem Maße erfüllen kann. Insoweit ist allerdings ein kurzes Eingehen auf die rechtliche Zulässigkeit des Warentests erforderlich.

Warentest ist die "Prüfung von Waren oder Warengruppen" vorwiegend Verbrauchs- und Gebrauchsgütern, in Bezug auf diejenigen Eigenschaften, die für den Verbraucher als möglichen Käufer der Ware von Interesse sind, also namentlich im Hinblick auf die Qualität, den Preis und das Verhältnis des Preises zur Qualität ³⁾. Über die rechtlichen Anforderungen, die an einen zulässigen Warentest zu stellen sind, besteht in Rechtsprechung und Schrifttum, von unwesentlichen Abweichungen abgesehen, Einigkeit: Der Test muß neutral, richtig und sachlich

1) Spengler, WuW 56/721 ff. (724).

2) vgl. eingehend hierzu Schönherr-Bussmann, S. 73 ff. sowie die im Laufe des Textes Genannten.

3) Hefermehl, GRUR 62/611.

sein ¹⁾.

Unter Neutralität versteht man die absolute Unabhängigkeit des Testenden gegenüber den im Wettbewerb stehenden Interessenten ²⁾. Jeder von einer Interessentengruppe auch nur mittelbar, wie etwa durch Inserate, beeinflusste Test kann das Erfordernis der Neutralität nicht erfüllen ³⁾.

Schwierigkeiten bereitet die Festlegung der "Richtigkeit" des Tests. Streit besteht vor allem darüber, nach welchen Gesichtspunkten die Testobjekte auszusuchen sind. So kommen nur vergleichbare Objekte für den Test in Betracht, die "in gleicher Qualität, zur selben Zeit und unter gleicher Bezeichnung" auf den Markt kommen ⁴⁾. Nicht vergleichbar sind demnach ein Maßanzug mit einem Konfektionsanzug ⁵⁾, ein Kleinwagen mit einem Mittelklassewagen oder ein Luxusmodell mit einer Standardausführung.

Heftig umstritten ist, ob bei der Auswahl der Testobjekte sämtliche am Markt vorhandenen Waren der gleichen Gattung lückenlos getestet werden müssen, oder ob die Beschränkung auf eine "repräsentative Auswahl" genügt ⁶⁾. Wenn die überwiegende Ansicht eine repräsentative Auswahl genügen läßt, ist eine größere Anzahl der am Markt vorhandenen und wenigstens einigermaßen bekannten Waren zum Test heranzuziehen. Die gegenteilige Ansicht Bollacks ⁷⁾ würde wegen der praktischen Unmöglichkeit, das vorhandene Angebot zu erschöpfen, das Ende des Warentests bedeuten ⁸⁾.

1) vgl. Rinck, BB 60/949 und BB 63/1027 ff. (1028); Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (612); Borck, WRP 63/149; Völp, WRP 63/109 ff.; Weitnauer, DB 63/55 ff.; Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 71, 74, 79; Schönherr-Bussmann, S. 78 ff.; nach Ulmer u. a. (S. 39) muß eine Testinstitution folgende Voraussetzungen erfüllen:

1. Strikte Neutralität
2. Objektivität
3. Unabhängigkeit
4. Sachkunde
5. Ausreichende technische Ausstattung
6. Gemeinnützigkeit
7. Fairneß in Bezug auf Auswertung und Publikation der Ergebnisse.

2) vgl. Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (614 f.); Rinck, BB 63/1027 ff. (1028).

3) a. A. Rinck (aaO), der meint, der durchschnittliche Leser sei an "das Nebeneinander von Kritik und Inseraten gewöhnt".

4) vgl. Höttler, MA 63/1046.

5) LG Düsseldorf WRP 63/27 (Anzugtest).

6) für Letzteres Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (615); Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 75; Schultz, NJW 63/1801, Bodmer-Lenzin, MA 63/1031 ff. (1934); a. A. Bollack, NJW 63/986 ff.

7) in NJW 63/986 ff.

8) so richtigerweise Schultz, NJW 63/1801.

Bei der Ermittlung des Testergebnisses sind mögliche Fehlerquellen auszuschalten ¹⁾. Nur ausgesuchte Fachkräfte sind zur korrekten Durchführung eines Tests befähigt. Der Testende muß sich unbedingt an die Gebrauchsanweisung des Herstellers halten ²⁾. Zur Ermittlung eines gerechten Durchschnittsergebnisses sollte sich die Prüfung auf mehrere Stücke derselben Art erstrecken ³⁾. Das Testobjekt ist nach allen Seiten hin im Hinblick auf die im Verkehr für Kauf und Gebrauch wesentlichen Faktoren zu untersuchen ⁴⁾. Schließlich muß die Darstellung des Testergebnisses korrekt und vollständig sein ⁵⁾. Die Vor- und Nachteile sämtlicher Testobjekte sind ausführlich darzustellen. Bedenken bestehen gegen pauschale Benotungen, wie sie zum Teil üblich geworden sind ⁶⁾.

Die Sachlichkeit der Darstellung erfordert, daß der Testende sich gehässiger und herabsetzender Äußerungen gegenüber dem beim Test schlecht Abschneidenden enthält.

2. Die rechtliche Beurteilung des Warentests

Ein vergleichender Warentest, der die erwähnten Voraussetzungen erfüllt, ist grundsätzlich zulässig ⁷⁾. Da der Test von einer neutralen Stelle vorgenommen worden ist, steht er außerhalb des Wettbewerbsrechts ⁸⁾. Ein Verstoß gegen § 1 UWG ist nur dann gegeben, wenn eine Handlung objektiv zu Wettbewerbszwecken geeignet ist und subjektiv in Wettbewerbsabsicht vorgenommen wird. An dieser Absicht fehlt es hier aber ⁹⁾.

Der Test verletzt auch nicht das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, so lange er dem Informationsinteresse des Verbrauchers dient ¹⁰⁾.

1) über die Durchführung im einzelnen vgl. Meyer, MA 63/3 ff.

2) vgl. Möhring, MA 62/967 ff. (976); Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (616).

3) vgl. Hefermehl aaO; Geiger und Heyn, MA 63/487 ff. (491).

4) vgl. Hefermehl aaO.

5) vgl. Hefermehl aaO.

6) zust. Hefermehl aaO; Möhring aaO; Lutz, WRP 62/242; Giefers, WRP 64. 289 ff. (293); Greifelt, DW 64/32 ff. (36); Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 80; Ulmer u. a. (S. 21 u. 35).

7) vgl. Rinck, BB 60/949 ff. und BB 63/1027 ff.; Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (614); Borck, WRP 61/1 ff. (2, Fußnote 11); Helle, NJW 62/1181 ff.; Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 71-79; LG Köln, BB 63/832.

8) vgl. Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (612 f.).

9) vgl. LG Köln aaO.

10) vgl. Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (614).

Zum Test eines Verbraucherverbandes führte das Landgericht Köln ¹⁾ das Folgende aus:

"Die Auswirkungen der Testveröffentlichungen auf den Warenabsatz laufen den Interessen und Zielen eines lauterer Wettbewerbs nicht zuwider. Darüberhinaus müssen solche Auswirkungen vom Wettbewerber als unvermeidbare Folge der Wahrung vorrangiger Allgemeininteressen in Kauf genommen werden. Es entspricht nicht nur dem Wesen des Leistungswettbewerbs, sondern es geht alle an, daß der Wettbewerber mit der guten Leistung sich durchsetzt und der Wettbewerber mit der weniger guten oder gar schlechten Leistung auf seiner Ware sitzenbleibt".

3. Die Werbung unter Verwendung eines korrekten Testberichts

Es liegt nahe, daß ein Werbungstreibender, der in einem Testbericht ein positives Ergebnis erzielt hat, diese Tatsache auch werblich ausnutzen will ²⁾. So hatte sich das LG Bochum mit dem Fall zu beschäftigen, daß ein Nähmaschinenhersteller, dessen Maschine in der Zeitschrift "DM" getestet und empfohlen worden war, diesen Umstand in seiner Werbung ausdrücklich erwähnte ³⁾.

1) BB 63/832 (Nicht rechtskräftig!).

2) vgl. dazu den Initiativentwurf der SPD-Fraktion des Bundestags für eine Ergänzung des § 1 UWG durch einen Abs. 2 mit folgendem Wortlaut (abgedruckt bei Giefers, WRP 64/289):

Es soll festgelegt werden, "daß die Bezugnahme auf Ergebnisse von Warenprüfungen durch Warentestinstitute, deren Ziel die objektive und unparteiliche Aufklärung des Verbrauchers über Beschaffenheit, Wirksamkeit, Tauglichkeit, Sicherheit und Preiswürdigkeit von Waren und gewerblichen Leistungen ist, dann nicht gegen die guten Sitten verstößt, wenn die Gewähr dafür gegeben ist, daß die Warenprüfung selbst nach wissenschaftlich anerkannten Methoden in Sachlichkeit und Unparteilichkeit erfolgt, und die Bezugnahme das Prüfungsergebnis nicht unrichtig oder verzerrt wiedergibt. Der Bundesminister für Wirtschaft soll ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung diejenigen Institute zu bezeichnen, die Warentestinstitute im Sinne dieser Vorschrift sind".

krit. Greifelt, DW 64/33 ff. (34) und K. Droste, DB 64/503 ff. (505).

3) LG Bochum GRUR 63/437.

In einem anderen, vom Landgericht Köln entschiedenen Fall hatte ein Einzelhändler, der in einem "DM"-Test von Einzelhandelsgeschäften günstig beurteilt worden war, mehrere "DM"-Hefte aufgeschlagen in sein Schaufenster gehängt, so daß der Testbericht gut zu lesen war. Desgleichen hatte er in Zeitungsinseraten mit dem Test geworben: "Bitte beachten Sie "DM"-Test Nr." ¹⁾.

Die Werbung wurde in beiden Fällen verboten. Es handle sich jeweils um eine unzulässige vergleichende Werbung, für die es keine Rolle spiele, daß ein anderer den Vergleich vorgenommen habe ²⁾. Die Veröffentlichung eines Testberichts sei unlauter, da der Werbungstreibende sich den Inhalt des Berichts zu eigen mache ³⁾. Die werbemäßige Benutzung selbst einwandfreier, in absoluter Neutralität und im Interesse des Verbrauchers vorgenommener Testergebnisse laufe den Anforderungen des lauter Wettbewerbs zuwider. Wer sich eines Warentests zu Werbezwecken bediene, verfälsche die Zielsetzung des Wettbewerbs, indem er das Testergebnis zur Waffe im Wirtschaftskampf mache. Er maße sich das Richteramt über die Güte der von ihm angebotenen Waren an ⁴⁾.

Im Schrifttum erfährt diese Ansicht überwiegend Zustimmung ⁵⁾. Borck ⁶⁾ meint insbesondere, daß bei Verwendung vergleichender Tests der Verbraucher dem Test noch unkritischer als einer vergleichenden Werbung gegenüberstehe. Nach Baumbach-Hefermehl ⁷⁾ mache der Werbungstreibende die Testangaben zu seinen eigenen, und er handle damit wie derjenige, der wissenschaftliche Untersuchungen werbemäßig verwende. (Naheres s. u. S. 79). Wegen der in beiden Fällen vorhandenen Wettbewerbsabsicht unter Ausnutzung des Scheins der Neutralität liege ein Verstoß gegen § 1 UWG vor.

1) LG Köln MA 63/268.

2) vgl. LG Bochum, GRUR 63/437;

Dagegen liegt keine vergleichende Werbung vor, wenn nur das Testergebnis eigener Erzeugnisse wiedergegeben wird!

3) vgl. hierzu RGZ 163/164 (Coramin).

4) LG Bochum aaO.

5) Borck, WRP 63/149 ff. (150 f.); Hefermehl, GRUR 62/611 ff. (618);

Greifelt, DW 64/33 ff.; Ulmer u. a. (S. 22);

a. A. Rinck, BB 63/1027 ff. (1030);

Nach Baumbach-Hefermehl (§ 1 Anm. 81) müsse auch für die Verwendung eines Testberichts eine werbemäßige "Notwendigkeit" vorliegen; Schön herr-Bussmann (S. 88) differenzieren; Die Wiedergabe des Testergebnisses des eigenen Erzeugnisses sei ebenso zulässig wie der Hinweis auf eine entsprechende Veröffentlichung an anderer Stelle. Im übrigen liege unzulässige vergleichende Werbung vor.

6) aaO.

7) aaO.

4. Kritik:

Vom Boden der hier vertretenen Auffassung von der grundsätzlichen Zulässigkeit wahrer und sachlicher Vergleichswerbung muß den oben erwähnten Auffassungen widersprochen werden. Es ist nicht einzusehen, warum bei Verwendung eines neutralen und auch sonst einwandfreien vergleichenden Tests zu Werbezwecken die Interessen der Verbraucher betroffen werden sollten. Gerade das Gegenteil ist der Fall. Der zu einem Werbevergleich verwendete Test bietet die beste Gewähr für dessen Wahrheit. Sodann wird mit ihm der Marktüberblick des Verbrauchers um so mehr verbessert, als der Wettbewerber sonst normalerweise nicht in der Lage ist, in seiner Werbung den "repräsentativen Querschnitt" seiner Konkurrenzprodukte kritisch zu erörtern. Während der Verbraucher gegenüber einer vergleichenden Werbung regelmäßig berücksichtigt, daß nur ein kleiner Kreis der Konkurrenten in Bezug genommen werden kann, darf er sich von einem vergleichenden Test zu Recht eine umfassendere Information erhoffen, zumal auf Grund von dessen Neutralität jede Subjektivität ausgeschaltet ist ¹⁾.

Die Bedenken, die gegen die Verwendung eines vergleichenden Test zu Werbezwecken aus der Befürchtung hergeleitet werden, der Werbungstreibende würde die Neutralität des Tests verkennen und damit das Vertrauen des Verbrauchers mißbrauchen, können dadurch ausgeräumt werden, daß mit der Einrichtung von Testinstituten, deren Neutralität von vornherein außer Zweifel steht, den Beteiligten die letzte Sicherheit gegeben ist. So wurden bereits absolut neutrale Tests von der Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände e. V. durchgeführt, weitere können von der durch den Bund geplanten "Stiftung Warentest", einem Testinstitut unter staatlicher Aufsicht, erwartet werden ²⁾. Nutz ein Werbungstreibender die Ergebnisse dieser Stellen werbemäßig aus, so kann darin unmöglich ein unlauteres Verhalten erblickt werden ³⁾.

-
- 1) zust. K. Droste, WRP 64/65 ff. (71) und Rinck, BB 63/1027 ff. (1030). Rinck meint im einzelnen, das Argument des "Richtens in eigener Sache" entfalle, weil ein neutraler Prüfer entscheide. Auch das "Vorspannen der geringeren Leistungsfähigkeit des Konkurrenten vor die eigene Leistung" begründe keine Unlauterkeit, weil es nicht einzusehen sei, warum die Wahrheit verschwiegen werden solle.
 - 2) dagegen dürfte die Zeitschrift "DM" kaum als neutral gelten, da bei ihr eigene wirtschaftliche Interessen (Auflagenenerhöhung, Inserate) mitspielen; nach der Ansicht Rincks (BB 63/1027 ff. (1028)) beeinflusse das "Nebeneinander von Kritik und Inseraten" die Neutralität des Tests allerdings nicht.
 - 3) zust. insofern sogar Baumbach-Hefenlehrl, § 1 Anm. 81; auch Runge, NJW 61/1757.

5. KAPITEL

WAHRHEIT UND SACHLICHKEIT DURCH WERBUNG MIT VERGLEICHENDEN WISSENSCHAFTLICHEN GUTACHTEN

Bei der werbemäßigen Ausnutzung eines wissenschaftlichen Gutachtens ist der Werbungstreibende für dessen Inhalt verantwortlich, denn er macht mit der Veröffentlichung zu Werbezwecken die Äußerung des Wissenschaftlers zu seiner eigenen ¹⁾. Nach herrschender Ansicht verstößt die Veröffentlichung dann gegen § 1 UWG, wenn sie Waren oder Leistungen vergleichend gegenüberstellt und damit den Tatbestand der vergleichenden Werbung erfüllt ²⁾.

Wie bei der bereits erörterten Werbung mit Testberichten wird jedoch auch hier nicht genügend beachtet, daß das Gutachten eines anerkannten und unabhängigen Wissenschaftlers erhöhte Gewähr für eine wahre und sachliche Behandlung des zu begutachtenden Gegenstandes bietet. Die werbemäßige Ausnutzung dieses Gutachtens kommt im Ergebnis unmittelbar dem Verbraucher zugute, dessen Marktübersicht verbessert wird. Der Wettbewerbsordnung widersprechend und damit unlauter ist die Veröffentlichung des Gutachtens nur dann, wenn die wissenschaftliche Untersuchung unter der Abhängigkeit des Werbungstreibenden durchgeführt wurde. Die Neutralität des Wissenschaftlers ist demgemäß immer dann gegeben, wenn diesem das eigene Interesse am Absatz der von ihm begutachteten Erzeugnisse fehlt und wo er nicht seine Arbeit dem Gewinnstreben des Unternehmens dienstbar macht ³⁾.

6. KAPITEL

DIE VERWIRKLICHUNG VON "WAHRHEIT" IN DER WERBEPRACTIS

Bereits zu Beginn dieser Untersuchung wurde festgestellt, daß sich ein Werbevergleich auf die Gegenüberstellung von Preisen, Qualitätsmerkmalen, Quantität und sonstiger Vorzüge einzeln oder zusammen beziehen kann. Die einzelnen Vergleichsmöglichkeiten sollen nunmehr daraufhin überprüft werden, wie sie praktisch den oben an die Wahrheit einer Werbung zu stellenden Anforderungen entsprechen können.

-
- 1) so RGZ 163/164 (Coramin); Reimer, S. 728; Bussmann, WRP 56, 121 ff. (124).
 - 2) vgl. Reimer, S. 730; Bussmann-Pietzcker-Kleine, S. 54 f.; v. Godin-Hoth, S. 67; differenzierend Bussmann, WRP 56/121 ff. (124).
 - 3) vgl. hierzu eingehend Orth, Diss. jur., S. 37 ff.

1. Der Preisvergleich:

Dieser Vergleich bietet bei unstreitig identischen Waren oder Leistungen keine Schwierigkeit, da hier der Preis der einzige Unterschied ist, dessen Klarstellung im Interesse des Verbrauchers liegt ¹⁾. Aber selbst wenn man berücksichtigt, daß ein Fall unstreitiger Identität nicht allzu häufig vorkommen wird, muß berücksichtigt werden, daß es viele Erzeugnisse gibt, die sich - jedenfalls für die Auffassung des Verkehrs - derart geringfügig voneinander unterscheiden, daß auch bei ihnen der Preis letztlich das einzige, für einen Kaufentschluß maßgebende Kriterium bleibt.

2. Der Qualitätsvergleich:

Ein Qualitätsvergleich umfaßt die Gegenüberstellung von Qualitätsmerkmalen in weitestem Sinne. Dazu gehören in erster Linie solche Merkmale, die sich auf die Art und Weise der Erbringung einer Leistung beziehen oder die die Beschaffenheit einer Ware betreffen, also deren Materialzusammensetzung, Haltbarkeit, Brauchbarkeit. Ein bloßer Preisvergleich würde hier der Wahrheitsanforderung nicht genügen, da die Preisbildung durch entscheidende, aber quantitative Unterschiede bedingt sein kann.

Man wird zunächst zwischen technischen und nichttechnischen Erzeugnissen zu unterscheiden haben. Einfache technische Gegenstände des täglichen Gebrauchs und ohne besonderen Wert sind qualitativ oft nur in einem Punkte unterschiedlich, ein Umstand, der sich in schlagwortartiger Kürze werbemäßig darstellen läßt und doch den Verbraucher genügend aufklärt. Kompliziertere und meist auch wertvollere technische Erzeugnisse lassen sich dagegen nur dann "wahr" darstellen, wenn ausführlich auf die bestehenden Unterschiede hingewiesen wird. Hierzu bietet sich die von Rinck ²⁾ und im Bericht des Bundesjustizministers ³⁾

1) Bei dem vom Reichsgericht (RGZ 143/362) entschiedenen und bereits erörterten "Bromural"-Fall handelt es sich demnach nicht um die Ausnutzung eines fremden Arbeitsergebnisses und damit um eine -unlauter- anlehrende Werbung, sondern vielmehr um eine, einen Preisvergleich enthaltende kritisierende Vergleichswerbung, die der Verbraucheraufklärung dient und folglich zugelassen werden mußte.

2) vgl. Rinck, BB 62/105 ff. (106).

3) "Bericht des Bundesministers für Justiz über die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung" vom 25.3.63, in "Mitteilungsblatt der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht" 1964, S. 18 ff.

vorgeschlagene Angabe technischer Daten an. Es genügt allerdings die Angabe der - für ein vernünftiges Verbraucherurteil wesentlichsten - Daten; Nachteile, die einen Vorteil aufwiegen können, dürfen jedoch nicht verschwiegen werden.

Nichttechnische Erzeugnisse sind in der Regel datenmäßig nur dann erfaßbar, wenn es um ihre stoffliche Zusammensetzung geht. Oft werden hier Fragen des Geschmacks im Vordergrund stehen, die sich einer vergleichenden Gegenüberstellung völlig entziehen.

3. Der Vergleich sonstiger Vorzüge:

In engem Zusammenhang mit dem Qualitätsvergleich steht ein Vergleich, mit dem sonstige Vorzüge einer Ware oder Leistung gegenübergestellt werden. Die Erwähnung, ob solche Merkmale vorhanden sind oder nicht, kann für das Urteil des Verbrauchers unter Umständen sogar von ausschlaggebender Bedeutung sein ¹⁾.

4. Der Quantitätsvergleich:

Der Quantitätsvergleich dient der Verbraucheraufklärung dann, wenn er die Verbindung zwischen der Menge eines Erzeugnisses bzw. dem Umfang einer Leistung und dem hierfür geforderten Preis herstellt. "Wahrheit" ist für diesen Vergleich durch die Angabe korrekter Zahlen unschwer erreichbar.

1) So würde es dem Verbraucher wenig nützen, wenn er eine teure Ware billiger bekäme, dafür gleichzeitig aber auch auf einen Kundendienst verzichten müßte. Das Fehlen des Kundendienstes muß daher erwähnt werden.

Ebenso kann eine Ware trotz guter technischer Ausstattung dann verhältnismäßig wertlos sein, wenn sie sich nicht praktisch und bequem handhaben läßt.

4. T E I L

DIE STELLUNGNAHME DER RECHTSPRECHUNG ZUR VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. KAPITEL

KRITIK AN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESGERICHTSHOFS UND DER OBERLANDESGERICHE

Da die Rechtsprechung der obersten Gerichte zur vergleichenden Werbung in annähernd gleichem Maße in jüngster Zeit ständig neu diskutiert und um neue Argumente bereichert wurden, hat sich die Rechtsprechung der oberen Gerichte, insbesondere die des Bundesgerichtshofs, bemerkenswerte Zumrücknahmen hinsichtlich der sich herausstellenden Stimmen, die für eine grundsätzliche Zulassung der vergleichenden Werbung eintreten, begnügt sich der Bundesgerichtshof mit der Wiederholung von Argumenten, wie sie bereits das Reichsgericht zur Begründung des Verbots der vergleichenden Werbung verwendet hat.

Die im folgenden kritisierte Stellungnahme zur vergleichenden Werbung äußert sich der BGH ¹⁾ wie folgt:

"Der vorliegende Fall gibt dem erkennenden Senat keinen Anlaß, von den Grundsätzen, welche die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Frage der sog. kritisierenden vergleichenden Werbung entwickelt haben, abzugehen".

Mit Recht hat diese Entscheidung die Kritik von K. Droste erfahren ²⁾. So ist es vor allem bedauerlich, daß es der Bundesgerichtshof bisher unterlassen hat, den Einfluß der geltenden Wirtschaftsverfassung auf die vergleichende Werbung zu untersuchen, obwohl doch gerade dieser Gesichtspunkt das Problem in einem neuen Lichte erscheinen lassen müßte. Keinesfalls ist es billigerweise, wenn der Bundesgerichtshof seine Entscheidungen mit ständig gleicher, fast formelhafter

-
- 1) BGH WRP 64/237 (Fernsehinterview) = DB 63/1533 = BB 63/1274; (= Urteil v. 9.10.1963); das Urteil des BGH vom 10.6.1964 (WRP 64/370 = NJW 64/2247) enthält keine Stellungnahme zur Zulässigkeit der vergleichenden Werbung, sondern befaßt sich lediglich mit der Zulässigkeit der Gegenüberstellung von empfohlenem (unverbindlichem, Richtpreis und tatsächlich gefordertem Preis!
- 2) vgl. K. Droste, NJW 64/818 f.

Begründung versieht und dabei auf eine ständige, bewährte Rechtsprechung verweist.

Es ist unter diesen Umständen auch nicht verwunderlich, daß sich die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zögernd verhält. Immerhin ist hier wenigstens teilweise das Bemühen sichtbar, auf die neuen Argumente zum Thema "Vergleichende Werbung" einzugehen, wenn auch im Ergebnis an der bisherigen, fast einhelligen Rechtsprechung festgehalten wird ¹⁾.

2. KAPITEL

DIE DIE GRUNDSÄTZLICHE ZULÄSSIGKEIT DER VERGLEICHENDEN WERBUNG BEJAHENDE RECHTSPRECHUNG

1. Das Urteil des OLG Bremen vom 28.9.1961 ²⁾

Angesichts der einheitlichen Front in der Rechtsprechung ist es begrüßenswert, daß ein Oberlandesgericht die vergleichende Werbung nach den im Schrifttum neu vorgetragenen Gesichtspunkten untersucht hat. So hat das OLG Bremen in einem Urteil vom 28.9.1961 die vergleichende Werbung mit einer interessanten, der hier vertretenen Auffassung entsprechenden Begründung bejaht. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Parteien stehen als Zeitungsverleger miteinander im Wettbewerb. Die Beklagte wirbt seit 1950 für ihre Zeitung mit den Worten "Bremens

1) vgl. vor allem das ausführlich begründete Urteil des OLG Köln (GRUR 62/102 = WRP 62/130): § 1 UWG müsse neben § 14 UWG angewendet werden; das Verbot der vergleichenden Werbung verstoße deshalb nicht gegen das Grundgesetz, weil die Art. 2 und 5 GG durch die Vorschriften der allgemeinen Gesetze, hier des UWG, beschränkt werden könnten; der Einfluß der Marktordnung auf die vergleichende Werbung sei so lange unerheblich, als sich nicht auch eine Umstellung in den Anschauungen der Wirtschaftskreise selbst vollzogen habe; der Hinweis auf die andere Rechtslage im Ausland ziehe nicht, weil die deutsche Rechtsprechung am weitesten fortgeschritten sei.

2) OLG Bremen WRP 62/44 (Bremens größte Tageszeitung) - NJW 62/304; vgl. auch die Anmerkungen von Tetzner (JZ 62/275 ff.) und Volp (WRP 62/25 ff.).

größte Tageszeitung". Es ist zwischen den Parteien unstreitig, daß sich die Behauptung nur auf die Auflagenhöhe bezieht und daß die Zeitung der Beklagten während der ganzen Zeit auflagenmäßig vor dem Blatt der Klägerin liegt. Im Jahre 1960 betrug der Vorsprung der Beklagten gegenüber der Klägerin das Dreifache. Die Klägerin klagt auf Unterlassung der Werbebehauptung.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, ein Unterlassungsanspruch sei, ungeachtet, ob er einmal bestanden habe, jedenfalls verwirkt. Das OLG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen, in seiner Begründung ließ es den Einwand der Verwirkung offen, da auf alle Fälle kein Unterlassungsanspruch gegeben sei. Die §§ 3 und 14 UWG müßten als Anspruchsgrundlage ausscheiden, weil die Werbebehauptung der Beklagten wahr sei. Ein Verstoß gegen die "guten Sitten" des § 1 UWG sei aber ebenfalls nicht festzustellen. Das OLG gibt dazu folgende Begründung:

"Dazu wäre ein Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, d. h. nicht nur des verständigen und anständigen Gewerbetreibenden, sondern auch des ebenso beschaffenen Durchschnittskunden, des Durchschnittsverbrauchers erforderlich. Daß auf die Interessen der Allgemeinheit und damit auch des Kunden Rücksicht zu nehmen ist, ergibt sich jetzt auch aus Art. 20 GG und dem Wesen der sozialen Marktwirtschaft (gesperrt v. Verf.). Das ist auch bei der Ausfüllung des Begriffs des 'billig und gerecht Denkenden' zu berücksichtigen. Nicht entscheidend kann für sich sein, wie der jeweils betroffene Mitbewerber aus seinem Erwerbsstreben und nur sein Einzelinteresse ins Auge fassend urteilt und wertet. Daß er durch Werbung des andern in seinem Erwerbsstreben beeinträchtigt wird, muß er als dem Wettbewerb eigentümlich in Kauf nehmen, einen Anspruch auf Erhaltung eines bestimmten Absatzes oder Kundenkreises hat er nicht".

Sodann setzt sich der Senat mit den im Schrifttum vorgebrachten Argumenten für und gegen das Verbot der vergleichenden Werbung auseinander. Am Ausgangspunkt eines grundsätzlichen Verbots könne nicht festgehalten werden. Hierzu wird ausgeführt:

"Daß wahrheitsgemäße Werbung ein zulässiges Mittel und Erscheinungsform des Wettbewerbs ist, steht außer Zweifel. Ihr ist in dieser Eigenschaft die Vergleichen g wesenseigentümlich. Sie vergleicht und will Vergleichen g, sie will - indem sie die Wahrheit sagt - den Kunden zu dem Werbenden hin und vom Mitbewerber wegziehen und erwartet demgemäß, daß er die betreffenden angebotenen Waren oder Leistungen, Vorteile und Nachteile, vergleicht, fordert dazu auf und darf dazu auffordern. Wenn

und solange Wettbewerb für erlaubt, sogar für erwünscht und geboten gehalten wird, kann demnach Vergleichung als solche keine Sittenwidrigkeit begründen. Diese könnte also nur anderweit begründet werden, etwa durch die Art und Weise und die Umstände, in der bzw. unter denen die Vergleichung erfolgt oder zu ihr aufgefordert wird".

Und weiter:

"Wer sich mit seiner Leistung in den Wettbewerb begibt, muß es sich gefallen lassen, daß er mit ihr im Wettbewerb genannt wird. Das ist eine seinem eigenen Verhalten (sozial-)gemäße Folge. Es ist dem Mitbewerber unbenommen, durch Verbesserung der eigenen Leistung diese Werbung mit Bezug auf ihn zu verhindern. Daß er es tue und dazu angereizt werde, ist ein im Eigen- und Allgemeininteresse erstrebenswertes Ziel gemäß dem Sinn und im Rahmen des - lauterer - Wettbewerbs".

Das OLG hält schließlich die noch herrschende Meinung für tatsächlich und logisch nicht zutreffend und für widerspruchsvoll.

Zu den sonstigen Argumenten äußert es sich wie folgt: Das Argument des "Rechens in eigener Sache" sei auch vom BGH als verfehlt erkannt und aufgegeben worden. Durch wahre Vergleichswerbung werde der Verkehr nicht irregeführt, sondern "richtig geführt". Schließlich werde nicht die Leistungsfähigkeit des Mitbewerbers als Vorspann für eigene Werbung benutzt, sondern umgekehrt sei die eigene Leistung der Vorspann, der gegenüber die fremde sich als weniger gut darstelle. Hervorhebung eigener Leistung sei aber wettbewerbsgemäß, und natürliche Folgen jeder Werbung seien Einbußen beim Konkurrenten.

Das Urteil von Bremen hat im Schrifttum vielfach Zustimmung erfahren¹⁾, setzt es sich doch in seiner Begründung mit allen denen Gesichtspunkten auseinander, die für die grundsätzliche Zulassung sprechen. Entsprechend der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung hat sich das OLG vor allem dem Hauptargument nicht verschlossen, daß wahrheitsgemäße Werbung als solche "zulässiges Mittel und Erscheinungsform des Wettbewerbs" und ihr die Vergleichung wesenseigen-tümlich ist. Es hat damit anerkannt, daß die Grundsätze der sozialen Marktwirtschaft mit dem Prinzip des Leistungswettbewerbs bestimmenden Einfluß auf die Auslegung des § 1 UWG haben müssen.

Da das Urteil schließlich auch im Ergebnis die vergleichende Werbung für grundsätz-lich zulässig erachtete, konnten Stimmen der Kritik nicht ausbleiben²⁾.

1) vgl. Völz, WRP 62/25 ff.; Rinck, BB 62/105 ff. (106); in gewissem Maß auch Tetzner, NJW 62/1087 ff. (1088 f.).

2) vgl. Frey, WRP 62/65 ff. (69 u. 71); Krieger, BB 62/240; Borck, WRP 62/249 ff. (251).

Gegen das Urteil wird geltend gemacht, es habe keinerlei Anlaß zu einer Grundsatzentscheidung über die vergleichende Werbung bestanden, weil die Prüfung der Werbeaussage "Bremens größte Zeitung" unter dem Gesichtspunkt einer Alleinstellung genügt hatte ¹⁾. Dem ist entgegenzuhalten, daß eine Alleinstellungsbehauptung der hier in Frage stehenden Art nach Lage der Dinge eine erkennbare Bezugnahme auf die Zeitung der Klägerin enthält, und jede Alleinstellung, die auf einen bestimmten Konkurrenten erkennbar Bezug nimmt, ist vergleichende Werbung und als solche rechtlich zu behandeln.

Auch die weitere Behauptung Borcks ²⁾, der entschiedene Fall sei für eine Grundsatzentscheidung ungeeignet gewesen, ist damit widerlegt.

Nicht berechtigt sind die Angriffe, die Borck gegen das Urteil in der Sache selbst führt ³⁾. Sicherlich hatte man sich die Urteilsbegründung in manchem noch ausführlicher gewünscht, zumal doch erstmals mit einem feststehenden Grundsatz gebrochen wurde. Der Vorwurf, die Begründung sei "dürftig" ⁴⁾, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Immerhin hat sich das Urteil - ganz im Gegensatz zur übrigen Rechtsprechung - mit allen Argumenten auseinandergesetzt, die für und gegen die Zulassung wahrer Vergleichswerbung sprechen konnten. Es hat also nicht "eigene Argumente durch Bezugnahme ersetzt" ⁵⁾, sondern jeden Gesichtspunkt auf seine Brauchbarkeit untersucht und dann erst übernommen. Auf die Erwähnung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Borck vermißt, konnte das Urteil verzichten, da die Nachkriegsrechtsprechung des BGH dessen Grundsätze übernommen hat ⁶⁾.

Ob allerdings die große Begeisterung, mit der das Bremer Urteil von den Befürwortern der vergleichenden Werbung aufgenommen wurde, berechtigt ist, muß bezweifelt werden. Sicherlich hat das Urteil unter Aufgabe des alten Grundsatzes einen neuen Weg eingeschlagen. Ein Einfluß auf die Urteile anderer Gerichte oder gar auf eine Grundsatzentscheidung des BGH ist bis heute jedoch nicht zu erkennen. Der von Völz ⁷⁾ erwartete "Wendepunkt in der Rechtsprechung zu vergleichenden Werbung" ist also leider ausgeblieben.

1) vgl. Borck aaO; Frey aaO (S. 71); Schonherr-Bussmann, S. 19 mit weiteren Hinweisen daselbst.

2) WRP 62/249 ff. (251).

3) aaO.

4) aaO.

5) aaO.

6) vgl. das bisher letzte Urteil des BGH in WRP 64/237 (Fernsehinterview) = DB 63/1533 = BB 63/1274.

7) WRP 62/25.

2. Das Urteil des LG Tübingen vom 19.10.1962 ¹⁾

Ungefähr ein Jahr nach der Entscheidung von Bremen hatte sich das LG Tübingen wiederum mit der Frage der Zulässigkeit einer vergleichenden Werbung zu befassen. Gegenstand des Urteils war ein sogenannter Preisvergleich:

Die beklagte Firma stellte den empfohlenen Richtpreisen den eigenen, geforderten Preis gegenüber. Also etwa:

Sie zahlen	statt	nur
für Fernsehgeräte	1000,-	727,50,-

Das Landgericht stellte, übergend im Einklang mit der heutigen Auffassung des BGH ²⁾ fest, es liege gar keine vergleichende Werbung vor, denn es werde lediglich den Verbrauchern vorgerechnet, wieviel sie in einigen Hauptkategorien bei den Antragsgegnern gegenüber ihren eigenen, wenn auf Grund dieser Angaben, aber auch durch Vergleich ermittelten, daß sie bei anderen Händlern mehr bezahlen müßten, so sei das weder verboten noch verbietbar. Über den vorliegenden Fall hinaus sah sich die Kammer aber auch zu einer Stellungnahme über die vergleichende Werbung veranlaßt, und sie hielt diese bei Waren mit grundsätzlicher Zulassung ³⁾ Der Richtpreis stelle nicht immer den wahren Wert einer Ware dar. Es sei nicht consequent, daß man den Richtpreis nennen dürfe, wenn man ihn fordere, ihn aber nicht nennen dürfe, wenn man ihn nicht fordere. Dem Bedürfnis der Verbraucher nach wahrheitsgemäßer Orientierung werde keine Rechnung getragen. Es werde eine wirtschaftspolitische Entscheidung in einem zugunsten einer Gruppe getroffen ⁴⁾. Das sei aber mit dem Begriff der guten Sitten, an welchen allgemein verbindliche Maßstäbe anzulegen seien, nicht vereinbar.

Das Bedeutsame dieses Urteils ist, daß es an sich eine Preisvergleichs-Aussagen zur grundsätzlichen Zulässigkeit der vergleichenden Werbung macht, wobei wirtschaftspolitische Gesichtspunkte anklagen. Dennoch ist die Entscheidung nur von begrenztem Wert. So verneint sie zunächst für den zu entscheidenden Fall das Vorliegen einer Vergleichswerbung überhaupt, weil bei Gegenüberstel-

1) WRP 63/20.

2) BGH WRP 64/370 = NJW 64/2247 = DB 64/1512.

3) das Urteil beruft sich auf OLG Bremen in WRP 62/44 = NJW 62/304; Tetzner, JZ 62/275 und NJW 62/1087 ff.; Schwamberger, NJW 61/1185 ff.; Wenzel, NJW 62/81 ff., auch auf die Rechtsprechung in Österreich und in der Schweiz wird Bezug genommen.

4) gemeint ist die Gruppe derjenigen, die sich an den Richtpreis halten, obwohl er dem Wert der Ware nicht entspricht.

lung des eigenen Preises mit dem empfohlenen Richtpreis keine Bezugnahme gegeben sei. Soweit dann das Problem der vergleichenden Werbung angesprochen wird, ersetzt das Landgericht jede eigene Begründung durch Verweisungen. Hier wäre also, anders als beim Urteil des OLG Bremen, tatsächlich kein Anlaß gewesen, zur vergleichenden Werbung Stellung zu nehmen, und wenn es dennoch geschehen ist, hätte die Begründung weit ausführlicher sein müssen.

3. Die Entscheidungen des Bundeskartellamts -Beschluß- abteilung- vom 18.3.1963 ¹⁾ und des Bundeskartell- amts -Einspruchsabteilung- vom 30.12.1963 ²⁾

Mit einem Preisvergleich hatte sich auch das Bundeskartellamt aus Anlaß der Eintragung einer Wettbewerbsregel zu befassen:

Auf Antrag des Zentralverbandes des Kraftfahrzeughandels- und gewerbes sollte in das Register für Wettbewerbsregeln eine Regel folgenden Inhalts eingetragen werden:

"Unlauter ist es, in Ankündigungen oder sonstigen Angeboten neuer Fahrzeuge darauf hinzuweisen, daß der Preis unter dem Neupreis, Listenpreis oder einem anderen als üblich dargestellten Preis liegt".

Der Antrag auf Eintragung dieser Regel ist zurückgewiesen worden, weil eine Preisgegenüberstellung nicht grundsätzlich unlauter sei:

"Preisvergleich stellt ein wesentliches Mittel des Preiswettbewerbs dar und ist geeignet, die Marktübersicht der Verbraucher zu verbessern. Sein Ausschluß würde die Funktionsfähigkeit dieser volkswirtschaftlich wichtigen Wettbewerbsform erheblich beeinträchtigen".

Obwohl diese Grundsätze nicht von einem Gericht, sondern von einer Verwaltungsbehörde aufgestellt wurden, sind sie doch insofern von besonderer Bedeutung, als sich ein Organ, dem die Förderung des Wettbewerbs zur Aufgabe gestellt ist, ebenfalls in Richtung der hier vertretenen Auffassung entschieden hat. Für die Kartellbehörde sind Förderung des Wettbewerbs und der Marktübersicht ausreichende Gründe, um einen wahren und sachlichen Vergleich zuzulassen. Auch das sollte die so passiv bleibende Rechtsprechung veranlassen, sich gleiche Überlegungen zu eigen zu machen ³⁾.

1) in WRP 63/195.

in WRP 64/119, die Einspruchsabteilung des BKA hat damit die Entscheidung der Beschlußabteilung des BKA bestätigt; vgl. zur Entscheidung der Beschlußabteilung des BKA Markert, NJW 63/1525 f.

3) für die Zulassung des Vergleichs mit dem Listenpreis hat sich bereits Döll (BB 60/1105 f. (1106) ausgesprochen.

5. T E I L

DIE ZULASSUNG DER VERGLEICHENDEN WERBUNG DURCH GESETZLICHE REGELUNG UND DIE FOLGEN BEI GRUNDSÄTZLICHER ZULASSUNG DER WAHREN VERGLEICHENDEN WERBUNG

1. KAPITEL

GESETZLICHE REGELUNG DURCH ERWEITERUNG DES § 1 UWG

Verschiedentlich wird erwogen, die vergleichende Werbung durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung grundsätzlich zuzulassen. So forderten Verbraucherorganisationen bereits im Jahre 1956 die Anfügung eines Absatzes 2 zu § 1 UWG, wobei folgender Wortlaut vorgeschlagen wurde ¹⁾:

"Die wahrheitsgemäße vergleichende Werbung für Waren, die das Ziel verfolgt, den sachkundigen Verbraucher über die Preiswürdigkeit vergleichbarer Waren aufzuklären, ist zulässig."

Einen ähnlichen Vorschlag machte später auch die SPD-Bundestagsfraktion ²⁾.

Indessen stehen diesen Absichten durchgreifende Bedenken gegenüber ³⁾. Es mag sicher begrüßenswert sein, im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit den Komplex "Vergleichende Werbung" aus der umfangreichen Kasuistik des § 1 UWG auszuklammern, zumal Blankettnormen wie § 1 UWG immer eine gewisse Rechtsunsicherheit erbringen ⁴⁾. Es wäre dann aber zu überlegen, ob

1) vgl. den Abdruck bei Bohrer, MA 56/345, und Borck, WRP 61/1 ff. (3).

2) vgl. K. Droste, DB 64/503 ff. (504).

3) vgl. die kritischen Äußerungen von Tetzner, S. 50; Bohrer, MA 56/345 ff.; Borck, WRP 61/1 ff. (3); Leo, WRP 60/293 ff. (298); Moser v. Filseck, GRUR 63/182;

ausführliche Stellungnahmen zu dem Problem enthalten ferner der "Bericht des Bundesministers der Justiz über die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung" v. 25.3.63 (in Mitteilungsbl. d. Vereinigung f. gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht 1964, S. 18) sowie die Äußerung der Bundesregierung hierzu v. 10.12.63 (GRUR 64/196).

4) vgl. Tetzner, S. 50 und K. Droste aaO.

nicht gleich die gesamte, zu § 1 UWG entwickelte Kasuistik einer gesetzlichen Regelung unterworfen werden sollte ¹⁾.

Tetzner ²⁾ macht geltend, daß die Aufteilung des § 1 UWG in feste Normen praktisch undurchführbar sei. Generalklauseln dienten der Elastizität der Rechtsfindung, und gerade das Wettbewerbsrecht "lasse sich nicht in feste Grenzen bannen" ³⁾. Diese Ansicht verdient Zustimmung. Die große Bedeutung der Generalklauseln des bürgerlichen Rechts liegt gerade darin, daß sie sich dem ständigen Wechsel der Lebensverhältnisse anpassen lassen, wie es in eindrucksvoller Weise durch die zahlreichen, zu § 242 BGB und § 1 UWG entwickelten Grundsätze bereits bewiesen ist. Berücksichtigt man dazu die besondere Situation des Wettbewerbsrechts, das den sich noch häufiger ändernden wirtschaftlichen Gegebenheiten Rechnung tragen muß, so würde die Normierung der zu § 1 UWG entwickelten Kasuistik zugleich eine Erstarrung des Wettbewerbsrechts bedeuten.

Moser von Filseck weist noch auf einen weiteren Gesichtspunkt hin, der gegen eine gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung spricht. Er meint, diese sei nur dann erforderlich, wenn die bestehende Lebensordnung in besonders hohem Maße unzulänglich sei ⁴⁾. Das sei jedoch gegenwärtig nicht der Fall, da die Rechtsprechung in ihren praktischen Auswirkungen nicht zu unbefriedigenden Ergebnissen führe ⁵⁾. Auch wenn man der Ansicht Moser v. Filsecks nicht folgen kann, weil der bestehende Rechtszustand sich im wesentlichen als vergleichsfeindlich auswirkt, und er insofern "unbefriedigend" ist, so kann doch eine gesetzliche Regelung der vergleichenden Werbung nicht befürwortet werden, weil es gesetzestechisch unbefriedigend wäre, den Bruchteil einer Generalklausel dieser zu entziehen und einer gesonderten Regelung zu unterwerfen ⁶⁾. Eine Normierung des Rechts der vergleichenden Werbung wäre überdies aber auch entbehrlich: Zu einer gesetzlichen Regelung käme es nur dann, wenn sich die Auffassung von der grundsätzlichen Zulässigkeit der vergleichenden Werbung allgemein durchgesetzt hätte. Ist dieser Zustand erreicht, so müßte sich

1) zust. K. Droste, DB 64/503 ff. (504).

2) S. 50.

3) Tetzner aaO; ähnlich auch Moser v. Filseck, GRUR 63/182 ff. (183); Schönherr-Bussmann, S. 70; früher schon Ulmer, JW 32/1888 ff. (1891).

4) Moser v. Filseck aaO.

5) aaO.

6) zust. der Bericht des Bundesministers für Justiz über die Möglichkeit einer wahrheitsgemäßen vergleichenden Werbung vom 25.3.1963 (Mitteilungsblatt der Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht 1964, S. 18 ff. (20).

dies bereits in einer neuen Auslegung des § 1 UWG durch die Gerichte auswirken, ohne daß gleichzeitig das Bedürfnis für eine Regelung durch Gesetz entstehen müßte.

2. KAPITEL

DIE BEFÜRCHTUNGEN IM SCHRIFTTUM BEI GRUNDSÄTZLICHER ZULASSUNG DER WAHREN VERGLEICHENDEN WERBUNG

Die bisherige Untersuchung hat den Nachweis zu führen versucht, daß die geltende Wirtschaftsverfassung die grundsätzliche Zulassung der wahren (und sachlichen) vergleichenden Werbung erfordert. Über die Folgen einer solchen Umstellung bestehen vor allem im Schrifttum die verschiedensten Befürchtungen.

Es wird geltend gemacht, die Umstellung wirke sich in der Praxis nicht aus¹⁾, man komme bei der Beurteilung von Werbebehauptungen im Einzelfall zum gleichen Ergebnis, wie wenn man vom grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung ausginge²⁾. Dieser Ansicht ist zuzugeben, daß die Werbung unter einen der drei zulässigen Ausnahmefälle oder unter den Systemvergleich fallen kann und daß in diesem Fall das Ergebnis gleich ist. 3) dessen sind auch Fälle denkbar, bei denen sich der grundsätzlichen neue Standpunkt erheblich auswirkt, so vor allem bei der Gegenüberstellung von Preis-, Qualitäts- und Beschaffenheitsmerkmalen, die nicht im Wege des Systemvergleichs dargestellt werden können und für die nach herrschender Ansicht die zur Rechtfertigung des Vergleichs erforderliche wettbewerbsmäßige "Notwendigkeit" 4) der Regel fehlt. Gerade aber an der Aufklärung über solche Merkmale hat die Allgemeinheit ein besonderes und von der Wettbewerbsordnung anerkanntes Interesse.

Greifelt⁵⁾ befürchtet mit der grundsätzlichen Zulassung der vergleichenden Werbung eine "Verwilderung der Wettbewerbsitten", 6) ja, er spricht von "Wildwestmethoden im Wettbewerb" 7). Dem ist entgegenzuhalten, daß zwar der Wettbewerb dynamischer und härter werden kann, daß dies aber noch nicht mit einer Sittenverwilderung gleichsetzbar ist. Härte und Dynamik im Wettbewerb sind erwünscht und werden von der Wirtschaftsordnung geradezu gefordert. Die

1) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 30; Wenzel, NJW 62/81; Greifelt, WRP 62/143 ff. (144) und DW 62/1 ff. (4); Moser von Filseck, GRUR 63/182 ff. (185).

2) vgl. Baumbach-Hefermehl aaO.

3) Greifelt, DW 62/1 ff. (5).

4) Greifelt, DW 64/33 ff. (34).

rechtlichen Mittel reichen auch dann zur Unterbindung werbemäßiger Auswüchse aus, und die Werbungstreibenden werden sich um so eher hüten, unwahre Werbung zu betreiben, als sie ja der Kontrolle der Konkurrenz unterliegen, die ihren Vergleich durch den Nachweis der Unrichtigkeit zunichte machen kann.

Bohrer ¹⁾ meint, die Zulassung der vergleichenden Werbung würde eine Flut von Wettbewerbsklagen nach sich ziehen und Rechtsunsicherheit erzeugen. Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Liegt dem Gericht gegenwärtig ein Fall vergleichender Werbung vor, so prüft es, vom grundsätzlichen Verbot ausgehend, ob einer der drei Ausnahmefälle vorliegt, ob ein Systemvergleich gegeben ist, und vor allem immer, ob der Vergleich wahr ist. Nach der hier vertretenen Ansicht ist es nur erforderlich, die Wahrheit (und Sachlichkeit) des Werbevergleichs festzustellen. Damit ist eine um so größere Rechtssicherheit gegeben, denn die Wahrheit seiner Werbung kennt jeder Werbungstreibende am besten selbst und das Risiko hierfür kann er selbst am besten abschätzen. Gegenwärtig läuft der Werbende Gefahr, daß seine Werbung trotz Wahrheit verboten wird, weil - für einen Laien schwer voraussehbar - weder einer der zugelassenen Ausnahmefälle noch ein Systemvergleich gegeben ist. Hat dagegen der Werbende nur für die Wahrheit seiner Werbung einzustehen, so ist nach der hier vertretenen Ansicht die Rechtssicherheit für ihn größer, die Gefahr des Prozeßverlustes geringer, wenn er nicht gar von vornherein auf einen Werbevergleich verzichtet. Unzutreffend ist endlich die Ansicht von Spengler ²⁾. Er befürchtet eine Schädigung des Mittelstandes, da nur der Schwächere Vergleichsobjekt sein werde. Neuankömmlinge seien in hoffnungsloser Position. Finanzkräfte und Großhändler könnten dagegen ihre Überlegenheit geltend machen. Spengler verkennt dabei die Zielsetzung der gegenwärtigen Wirtschaftsordnung, die die Durchsetzung der besten Leistung auf dem Markt anstrebt. Die schlechtere Leistung soll durch sie keinerlei Schutz erfahren. Es wäre daher ein Widerspruch, wenn die Rechtsordnung den durch die Wirtschaftsordnung geförderten Ausleseprozeß verhindern wollte ³⁾.

1) MA 56/345 ff. (346); zust. Leo, WRP 60/293 ff. (298).

2) Spengler, MA 62/283 ff. (288 f.); ähnlich auch Moser von Filseck, GRUR 63/182 ff. (186).

3) diesem Ergebnis zustimmend Schönheit-Bussmann, S. 65.

3. KAPITEL

DIE AUSWIRKUNG AUF DIE BEWEISLASTVERTEILUNG

Besondere Beachtung erfordert die Auswirkung der hier vertretenen Ansicht in prozeßrechtlicher Hinsicht, nämlich auf die Frage nach der Verteilung der Beweislast ¹⁾.

Grundsätzlich muß ein Kläger, der einen Konkurrenten auf Unterlassung einer Werbebehauptung in Anspruch nehmen will, die zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Tatsachen beweisen ²⁾.

Ein Kläger, der eine Alleinstellungsbehauptung bekämpfen will, muß demnach beweisen, daß die Werbung seines Konkurrenten unwahr ist, oder daß sie - trotz Wahrheit - jedenfalls ihn selbst erkennbar in Bezug nimmt ³⁾. Dies ist eine Folge des geltenden materiellen Rechts, das die wahre Alleinstellungswerbung für zulässig, die vergleichende (eine Bezugnahme enthaltende) Werbung dagegen für unzulässig hält.

In Beweisschwierigkeiten kommt der Kläger allerdings dann, wenn ihm die Bemessungsfaktoren des fremden Unternehmens, die erforderlichen Unterlagen überhaupt, fehlen ⁴⁾, und der Beklagte sich weigert, die Unterlagen, die oftmals Betriebsgeheimnisse enthalten, zur Verfügung zu stellen. Die Praxis hat zur Lösung dieser Schwierigkeit verschiedene Möglichkeiten herausgearbeitet; Je nach Lage des Falles, meist jedoch dann, wenn der Kläger außerhalb des Geschehensablaufs steht ⁵⁾, kann es Sache des Beklagten sein, Aufklärung über die seiner Alleinstellungswerbung zugrundeliegenden Tatsachen zu geben. Dies folge aus dem auch im Prozeßrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben sowie aus der durch § 138 Abs. 1 ZPO geregelten Wahrheitspflicht.

-
- 1) Auf die Bedeutung dieser Auswirkung weisen hin Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 30; Schönherr-Bussmann, S. 68 f.; Schippel, S. 75; Brinkmann, WRP 63/230 ff. (294); sie wird verkannt von Greifelt, WRP 62/143.
 - 2) vgl. Baumbach-Hefermehl aaO und Einleitung Anm. 261; Reimer, S. 930; Brinkmann aaO; Joetze, S. 75; v. Gamm, WRP 59/172 f. (174); allg. auch Stein-Jonas-Schönke, § 282 IV 1.
 - 3) vgl. Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 26 und Einleitung Anm. 261; Arras, NJW 54/1910 ff. (1912); Tetzner, NJW 56/1900 ff. (1903); v. Gamm, WRP 59/172 ff. (174); Bock, S. 99.
 - 4) vgl. Joetze, S. 104 f.; v. Gamm, WRP 59/172 ff. (174); Baumbach-Hefermehl, § 3 Anm. 27-45.
 - 5) so Baumbach-Hefermehl aaO und Einleitung, Anm. 261; vgl. auch BGH GRUR 61/356 (Pressdienst) = NJW 61/826; BGH GRUR 63/270 (Bärenfang) = NJW 62/2149 = WRP 62/404.

Es handle sich dabei um eine prozessuale Vorleistungs- oder Mitwirkungspflicht des Beklagten ¹⁾, und nicht um eine Umkehrung der Beweislast ²⁾. Der Beklagte, der dieser Pflicht nicht nachkomme, laufe Gefahr, im Prozeß zu unterliegen, denn nach dem Grundsatz freier Beweiswürdigung könne das Gericht gemäß § 286 ZPO selbständig auf Grund seiner Erfahrung und Menschenkenntnis über die Wahrheit oder Unwahrheit der Werbung entscheiden. Diese prozessuale Vorleistungspflicht wurde verschiedentlich dahin ausgelegt, daß den Beklagten - also den Werbungstreibenden - die Beweislast für die Behauptung in seiner Werbung von vornherin selbst treffe ³⁾, obwohl damit das Prozeßrisiko eindeutig auf den Beklagten verlagert wurde. Der BGH hat schließlich, wohl im Bewußtsein der Härte einer solchen Auslegung, zum Schutze des Beklagten die Vorleistungspflicht vom Kriterium der Zumutbarkeit abhängig gemacht ⁴⁾.

Gegen die Zuhilfenahme einer Vorleistungspflicht und erst recht gegen die daraus folgende Annahme einer Umkehr der Beweislast müssen erhebliche Bedenken angemeldet werden. Im Ergebnis würde damit der unserem Prozeßrecht zugrundeliegende Satz, daß derjenige, der sich auf eine anspruchsbegründende Tatsache berufe, diese auch beweisen müsse, in sein Gegenteil verkehrt. Es ist zwar zuzugeben, daß der Grundsatz von Treu und Glauben auch im Prozeßrecht Geltung beanspruchen kann. Er muß jedoch für den Kläger in gleichem Maße wie für den Beklagten gelten. So verstößt es auch gegen Treu und Glauben, wenn ein Kläger, ohne ausreichende Beweise in der Hand zu haben, einen Prozeß be-

-
- 1) so Joetze, S. 106 unter Berufung auf OLG Hamm MuW 32/39 (Steinhäger); Frey, WRP 62/65; v. Gamm aaO; Baumbach-Hefermehl aaO; Bock, S. 99.
 - 2) gegen die Annahme einer Beweislastumkehr mit Recht Baumbach-Hefermehl aaO; v. Gamm aaO; wohl auch Joetze, S. 127.
 - 3) dieser Ansicht sind Simon, WuW 56/48 ff. (56); v. Rützen-Kositzkau, WRP 56/1 ff. (3); Benke WRP 57/221 ff. (222) unter Berufung auf OLG München WRP 57/141 ("unübertrefflich"); OLG Stuttgart GRUR 55/50 (Gütermanns Nähseide); BGH GRUR 58/485 (Odol); LG München GRUR 55/594 ("Deutschlands größte Illustrierte"); Joetze (S. 113) meint dagegen, gegen die Annahme einer Beweislastumkehr spreche schon der Wortlaut des § 3 UWG. Die Unrichtigkeit der Werbung sei nach dem Aufbau des § 3 UWG eine rechtsbegründende Tatsache, sie sei Teil des Sittenverstößes, und dieser wiederum sei Teil des Verbotsgrunds, den der Kläger zu beweisen habe.
 - 4) vgl. BGH GRUR 61/356 (Pressediens) und BGH GRUR 63/270 (Bärenfang); früher schon v. Gamm, WRP 59/172 ff. (174).

ginnt, im Vertrauen darauf, daß er auf Grund der Mitwirkungspflicht des Beklagten die zur Beweisführung erforderlichen Tatsachen erfährt. Der Gefahr, auf einen bloßen Verdacht mit einem Prozeß überzogen zu werden, ist damit Tür und Tor geöffnet ¹⁾. Kein Kläger wird schließlich, wie Borck zu Recht bemerkt, gezwungen, einen ungenügend vorbereiteten Prozeß zu führen ²⁾. Jedermann muß sich vor Erhebung einer Klage überlegen, ob er sein Klagebegehren auch beweisen kann. Er darf den Prozeß vernunftigerweise nicht beginnen, wenn er sich dessen nicht sicher ist. Nicht einzusehen ist daher, warum diese Überlegung im Wettbewerbsrecht nicht gelten sollte. Auch wenn der BGH die Vorleistungspflicht des Beklagten von der Zumutbarkeit abhängig machen will, ist zu bedenken, daß damit nicht viel geholfen ist, denn in Wahrheit ist es dem Beklagten in den wenigsten Fällen zumutbar, Produktions- und Betriebsgeheimnisse zu offenbaren. Die Vorleistungspflicht sollte daher auf wirkliche Ausnahmefälle beschränkt bleiben ³⁾.

Auch das geltende Recht der vergleichenden Werbung ist nicht ohne Einfluß auf die Verteilung der Beweislast. Eine Werbung, die auf den Konkurrenten Bezug nimmt, ist grundsätzlich unläuter, und sie hat damit einen "Anschein des Sittenwidrigen" von vornherein gegen sich. Der Kläger, der sich gegen eine vergleichende Werbung wenden will, braucht also nur zu beweisen, daß erkennbar auf ihn Bezug genommen wird, während es auf die Wahrheit der von ihm bekämpften Werbung auf Grund der Gestaltung des materiellen Rechts nicht ankommt. Der Beklagte kann sich hingegen nur dadurch entlasten, daß er das Vorliegen eines der drei zulässigen Ausnahmefälle behauptet und beweist ⁴⁾. Gelingt ihm das nicht, wird er im Prozeß unterliegen. Mithin hat das materielle Recht erhebliche prozeßrechtliche Auswirkungen: Es bewirkt eine Beweislastumkehr zu Ungunsten des Beklagten ⁵⁾.

Die hier vertretene Auffassung von der grundsätzlichen Zulässigkeit jeder Vergleichswerbung muß demnach auch hinsichtlich dieser prozeßrechtlichen Auswir-

1) vgl. Borck, WRP 63/191 ff. (194) = Anm. zu den Urteilen des BGH GRUR 61/356 (Pressedienst) und GRUR 63/270 (Bärenfang).

2) so Borck aaO.

3) Borck (aaO) bezweifelt, ob es überhaupt der Vorleistungspflicht bedürfe. Auf den schlüssigen Vortrag des Klägers müsse sich der Beklagte ohnehin erklären, "denn was nicht bestritten wird, gilt als zugestanden"! (§ 138 Abs. 1 ZPO erfordert aber, wie noch hinzugeführt werden muß, substantiiertes Bestreiten!).

4) vgl. Schwamberger, BB 61/1222 f. (1223).

5) vgl. Rinck, BB 62/105 ff. (106); Troller, DW 62/9 ff. (15); auch Völp, GRUR 62/178 ff. (184) mit eigener Begründung.

kungen untersucht werden. Der Kläger muß jetzt nicht nur das Vorliegen einer Bezugnahme, sondern vor allem zusätzlich das Vorhandensein solcher Umstände beweisen, die die - an sich nicht unlautere - Bezugnahme in seinem konkreten Fall zu einer unlauteren stempeln: Es obliegt ihm der Beweis der Unwahrheit oder Unsachlichkeit der fremden Werbung. Damit sieht er sich aber auch den gleichen Schwierigkeiten gegenüber, wie sie ihm bei der Bekämpfung einer Alleinstellungswerbung entstehen würden. Es werden ihm die zur Führung des Nachweises der Unwahrheit erforderlichen Unterlagen zuweilen fehlen.

Die Behebung dieser Schwierigkeit wird auf zwei verschiedenen Wegen versucht. Brinkmann ¹⁾ will die zur prozessualen Behandlung der Alleinstellungswerbung entwickelten Grundsätze auch auf die vergleichende Werbung anwenden und über die prozessuale Vorleistungspflicht sowie die Vollständigkeitspflicht gemäß § 138 Abs. 1 ZPO den Beklagten zur Äußerung über die Wahrheit seiner Werbung zwingen. Völz ²⁾ folgert aus § 14 Abs. 1 UWG, daß dem Werbungstreibenden bei Streit über die Wahrheit seiner Werbung die Beweislast obliege, er müsse also als Beklagter den Entlastungsbeweis führen.

Beide Vorschläge führen im Ergebnis zu der unerträglichen Konsequenz, daß Beweisschwierigkeiten des Klägers überwiegend auf Kosten des Beklagten behoben werden. Eine beiden Beteiligten gerecht werdende Lösung muß daher eine der Sachlage angemessene Risikoverteilung ins Auge fassen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß der vergleichend Werbende wegen der grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Werbeart nicht von vornherein den "Anschein des Sittenwidrigen" gegen sich hat. Erst der Kläger, der die Werbung bekämpfen will, muß den Anschein durch den Beweis des Gegenteils ausräumen. Die Beseitigung der dabei entstehenden Beweisschwierigkeiten kann allerdings auf dem Wege über die zur Alleinstellung entwickelten Grundsätze versucht werden, es müssen aber wie dort Einschränkungen gemacht werden. So wäre es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, wollte man dem Kläger in allen den Fällen, in denen er den an sich ihm obliegenden Beweis nicht führen kann, mit einer Vorleistungspflicht des Beklagten helfen. Der Beklagte würde damit praktisch wieder so gestellt, wie er nach geltendem materiellen Recht stehen würde: Die Beweislast und damit das Prozeßrisiko würde ihm allein verbleiben.

Richtiger erscheint die folgende Lösung: Die Beweislast obliegt weiterhin grundsätzlich dem Kläger, der die einen Anspruch aus § 1 UWG begründenden Tatsachen wie Bezugnahme sowie deren Sittenwidrigkeit beweisen muß. Eine Vorleistungs- und Mitwirkungspflicht kommt demgegenüber nur in Betracht, wenn Treu und Glauben diese Pflicht begründen, wenn also dem Beklagten die Aufklärung von Vorgängen aus der eigenen Betriebssphäre zumutbar ist. Die Zumut-

1) WRP 63/230 ff. (294).

2) GRUR 62/178 ff. (184).

barkeit ist dann zu bejahen, wenn ein Interesse an Geheimhaltung wegen des vorhandenen patent- oder musterrechtlichen Schutzes eines Erzeugnisses ohnehin nicht gegeben ist, oder, wenn die Auskunft sonstwie ohne wesentliche Beeinträchtigung betrieblicher Belange gegeben werden kann. In Einzelfällen können Treu und Glauben schließlich zu einer Mitwirkungspflicht des Beklagten führen, wenn dessen Werbung ganz offensichtlich nur den Zweck verfolgt, die Beweisnot des Klägers in unlauterer Weise auszunutzen.

L E B E N S L A U F

Ich, Klaus Peter Jörg, wurde am 19. Juli 1937 in Mannheim als einziges Kind meiner Eltern, des Industrieberaters Dr. Edgar Jörg und dessen Ehefrau Alice, geb. Klüber, geboren. Nach kriegsbedingtem Wegzug aus Mannheim besuchte ich von 1943 bis 1947 die Volksschule, von 1947 bis 1956 das humanistische Bertold-Gymnasium in Freiburg im Breisgau. Im Frühjahr 1956 unterzog ich mich dort mit Erfolg der Reifeprüfung. Im Anschluß daran studierte ich acht Semester Rechtswissenschaft, davon sieben Semester in Freiburg im Breisgau und eines in Berlin. Am 28. Juni 1960 legte ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamts in Freiburg die erste juristische Staatsprüfung ab. Während meines juristischen Vorbereitungsdienstes war ich an Gerichten und Verwaltungsbehörden in verschiedenen Orten Südbadens, hauptsächlich jedoch in Freiburg im Breisgau, tätig. Am 24. Juli 1964 bestand ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes in Stuttgart die zweite juristische Staatsprüfung. Nach siebenmonatiger Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft am Rechtsgeschichtlichen Institut der Universität Freiburg trat ich als Direktionsassistent in die "Mannheimer Versicherung" in Mannheim ein. Seit 25. Oktober 1963 bin ich mit Helga, geb. Schubert verheiratet. Am 8. Mai 1964 wurde mein Sohn Klaus-Michael geboren.

